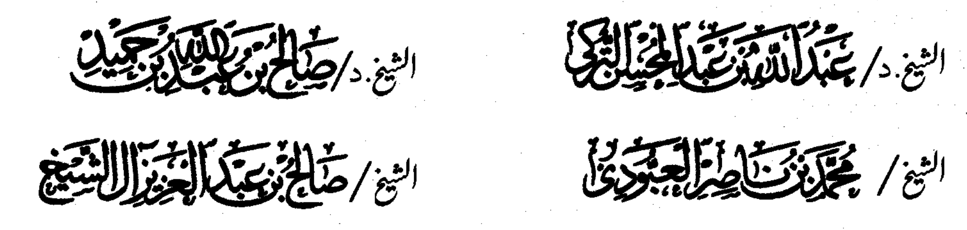


تقديم أصحاب المعالي



تأليف

دبيان بن محمد الدبيان

المجلد العاشر

ح دبيان بن محمد الدبيان، ١٤٣٢هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الدبيان، دبيان محمد

المعاملات المالية أصالة ومعاصرة. /دبيان محمد الدبيان .- الرياض، ١٤٣٢هـ

684 ص ؛ ١٧×٢٤سم.

ردمك: ٨ ـ ٧٤٨٠ ـ ٠٠ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة) ج10

١ ـ المعاملات (فقه إسلامي) أ.العنوان

ديوي ٢٥٣ ١٤٣٢/٤٧٠٦

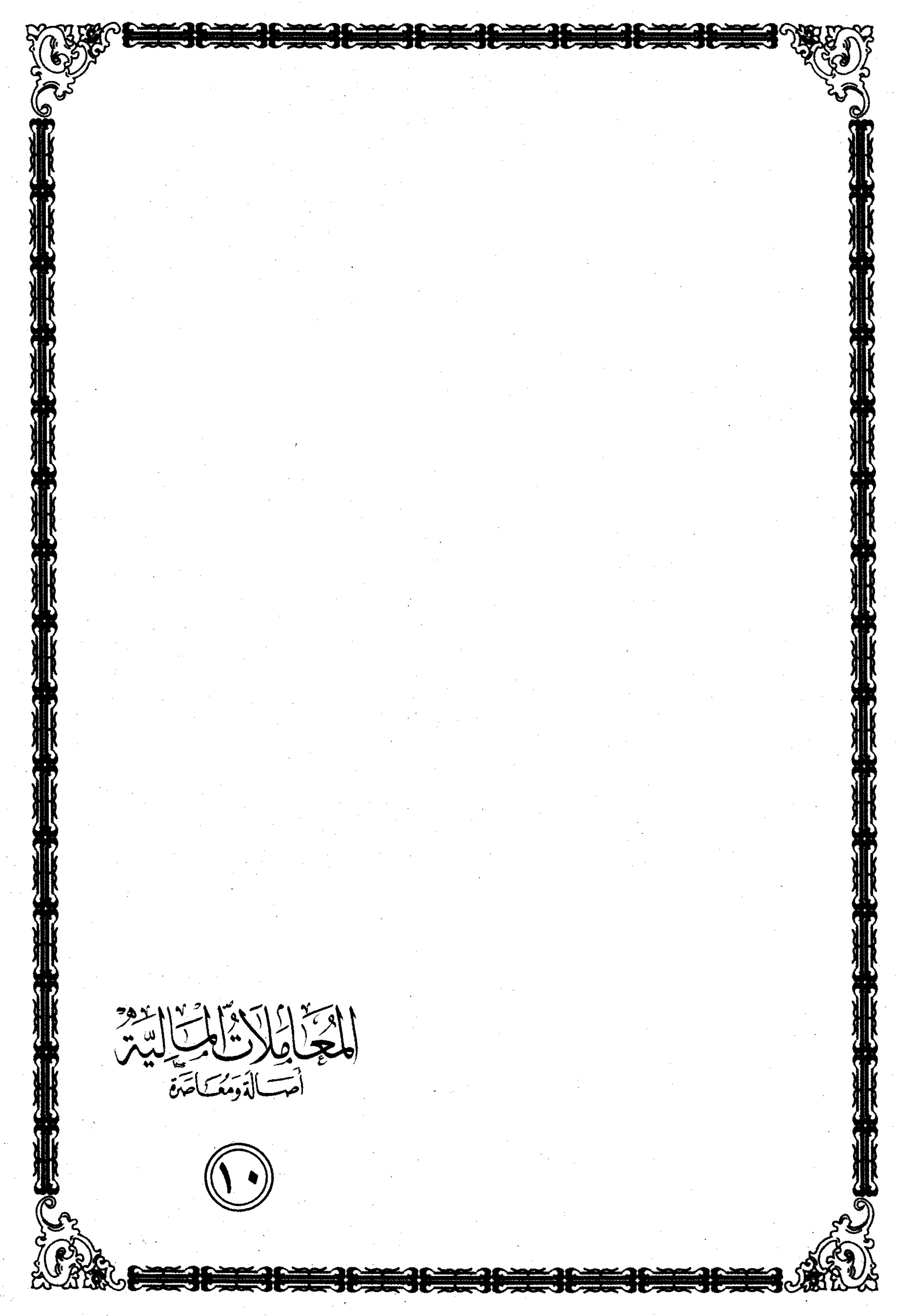
١٤٣٤ هـ

الطبعة الثانية

للطلب الاتصال

بالاستاذ / فهد بن عبد العزيز الجوعي

ت/ ٠٠٩٦٦٥٠٤٨٨١١٩٤


المعاملات المالية
أصالة ومعاصرة
١٠



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد،

فهذا هو المجلد العاشر من عقود المعاوضات ولله الحمد، وقد انتظم به ثلاثة عقود: عقد الجعالة، وعقد الشفعة، وعقد الحوالة.

وقد فضلت أن يكون عقد الجعالة بعد عقد الإجارة وذلك لوجود الشبه بينهما، ثم ثنيت بعد ذلك بعقد الشفعة لشبه الشفعة بعقد البيع، فإن الشريك وإن كان ينتزع حصة المشتري بغير رضاه إلا أنه ملزم بدفع العوض لشريكه البائع، وختمت ذلك بعقد الحوالة، وإن كان الراجح في عقد الحوالة أنها من عقود الإرفاق إلا أن الجمهور لما كانوا يرون أنها من قبيل بيع الدين بالدين ألحقتها بعقود المعاوضات.

هذا وسوف تكون خطة البحث في هذا المجلد على النحو التالي:

عقد الجعالة:

التمهيد: ويشتمل على مباحث:

المبحث الأول: تعريف الجعالة.

المبحث الثاني: في مشروعية الجعالة.

المبحث الثالث: الفرق بين الجعالة والإجارة.

الباب الأول: في أركان الجعالة.

الفصل الأول: في شروط الصيغة.

المبحث الأول: في اشتراط الإيجاب دون القبول.

هذا آخر مبحث في عقد الحوالة من المسائل المختارة، والحمد لله على عونه وتوفيقه، وأسأل الله أن يجعله خالصًا لوجهه، وأن ينفع به عباده، إنه على كل شيء قدير.

عقد الجعالة

☐ تمهيد ☐

المبحث الأول: تعريف الجعالة

تعريف الجعالة اصطلاحًا[١]:

تعريف الحنفية:

لم يهتم المتقدمون من الحنفية بتعريف الجعالة؛ لأنها غير مشروعة عندهم كما سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى عند الكلام على مشروعية الجعالة.

وقد عرفها علي حيدر بقوله: الجعالة هي عبارة عن التزام التصرف المطلق في عمل معلومًا كان أو مجهولًا لشخص معينًا كان أو غير معين[٢].

تعريف المالكية:

عرف بعض المالكية الجعالة: بأنها معاوضة على عمل آدمي، يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه[٣].

---

(١) الجعالة: بكسر الجيم، وبعضهم يحكي التثليث، من جعلت الشيء جعلًا صنعته أو سميته، والجعل بالضم: الأجر، يقال: جعلت له جعلًا.
والجعيلة: مثال كريمة لغات في الجعل، وأجعلت له بالألف: أعطيته جعلًا فاجتعله هو: إذا أخذه.
انظر المصباح المنير (ص١٠٢، ١٠٣).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٥٠٣).

(٣) انظر مواهب الجليل (٥/ ٤٥٢)، شرح حدود ابن عرفة (ص٤٠٢)، منح الجليل (٨/ ٥٨).

فأخرج بقوله: (عمل آدمي) كراء الرواحل، والسفن، وكراء الأراضي.

وقوله: (يجب عوضه بتمامه) أخرج به عقد المساقاة والإجارة لاستحقاق بعضه ببعض فيهما.

وأخرج به عقد المضاربة؛ لعدم وجوب عوضه، لجواز أن يتجر ولا يوجد ربح.

وعرفها الخرشي: أن يجعل الرجل للرجل شيئًا معلومًا، ولا ينقده إياه، على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل... على أنه إن أكمله كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له مما لا منفعة للجاعل إلا بعد تمامه»[1].

قوله: (أن يجعل الرجل للرجل) المراد به: عمل الآدمي، ولو كان غير معين كما سيأتي بيانه، فالعقد في حقيقته التزام مال في مقابل عمل بصرف النظر عن العامل، فالعقد يرد على منفعة يظن حصولها، ولا يراد فيه عامل بعينه، كمن يلتزم بجعل لمن يرد عليه متاعًا ضائعًا، أو دابة شاردة، أو يبني له حائطًا، أو يحفر له بئرًا، ونحو ذلك.

تعريف الشافعية:

عرفها بعضهم: بأنها التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول يعسر عمله[2].

ويؤخذ على هذا التعريف:

قوله: (التزام عوض) يشعر أن العقد من العقود اللازمة، مع أنه ليس كذلك، ولعله أراد أن العقد يصبح لازمًا، ويستحق العوض إذا فرغ من العمل، لا قبله.

---

(١) شرح الخرشي (٧/ ٥٩).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٤٢٩).

قوله: (يعسر عمله) هذا القيد أراد به أن العوض يستحق إن حصل به تعب، وإلا فلا.

وهذا القيد لم يذكره بعض الشافعية، وسيأتي تحريره إن شاء الله تعالى عند الكلام على الشروط[١].

تعريف الحنابلة:

جاء في الروض المربع: بأن يجعل جائز التصرف شيئًا متمولًا معلومًا لمن يعمل له عملًا معلومًا كرد عبده من محل كذا، أو بناء حائط كذا، أو عملًا مجهولًا من مدة معلومة أو مجهولة[٢].

وتسمى عند القانونيين: الوعد بالجائزة.



(١) انظر أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٥)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص٢٢٧).

(٢) الروض المربع (٢/ ٤٣٢).



المبحث الثاني
في مشروعية الجعالة

[م-٩٦٨] اتفق الأئمة الأربعة على جواز الجعالة في رد الآبق.

قال ابن قدامة: «لا نعلم فيه مخالفًا»[١].

ولم يخالف في ذلك إلا ابن حزم.

□ وجه المنع عند ابن حزم:

يرى ابن حزم أن الجعالة ليست عقدًا، وإنما هي مجرد وعد، ويستحب له الوفاء.

قال ابن حزم: «لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، فمن قال لآخر: إن جئتني بعبدي الآبق فلك دينار، أو قال: إن فعلت كذا وكذا علي درهم، أو ما أشبه هذا، فجاءه بذلك لم يقض عليه بشيء، ويستحب لو وفى بوعده... إلا أن يستأجره على طلبه مدة معروفة، أو ليأتيه به من مكان معروف، فيجب له ما استأجره به»[٢].

وستأتي أدلة الجمهور في القول التالي إن شاء الله تعالى.

[م-٩٦٩] واختلف الأئمة في غير الآبق على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى منع الجعالة في غير الآبق، وأجازوها في الآبق استحسانًا، صيانة للمال من الضياع، فإن رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، فله عليه جعله

(١) المغني (٦/ ٢٠).

(٢) المحلى، مسألة: (١٣٢٧).

أربعون درهمًا، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، وإن رده من أقصى المصر رضخ له قدر عنائه، ولا جعل للسلطان إذا رد آبقًا[١].

☐ دليل الحنفية في التفريق بين العبد وبين غيره:

استدل الحنفية في استحقاق الجعل على العبد:

الدليل الأول:

(ث-١٠٩) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن عبد الله بن رباح، عن أبي عمرو الشيباني، **أن رجلًا أصاب عبدًا آبقًا بعين التمر، فجاء به، فجعل ابن مسعود فيه أربعين درهمًا**[٢].

[صحيح، وهو أصح ما ورد في الباب][٣].

---

(١) الفتاوى الهندية (٤/ ٤٥٤)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٨١) و (٦/ ٩٥)، البحر الرائق (٥/ ١٧٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ١٧٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٣ - ٢٠٥).

(٢) المصنف (٤/ ٤٤٢) رقم ٢١٩٣٩ .

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٩١١) عن الثوري، عن أبي رباح به.

ومن طريق سفيان أخرجه البيهقي (٦/ ٢٠٠). قال البيهقي: وهذا أمثل ما روي في الباب، ويحتمل أن يكون عبد الله عرف شرط مالكهم لمن ردهم، عن كل رأس أربعين درهمًا، فأخبره. اهـ

قال عبد الله بن ا لإمام أحمد كما في مسائله لأبيه (١٣٤٣): «سمعت أبي يقول: آخذ بحديث ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، وعمرو بن دينار، عن النبي ﷺ في العبد الآبق إذا جيء به خارجًا من الحرم دينار، قال أبي: وآخذ بحديث ابن مسعود في الآبق أربعون درهمًا، أذهب إليه.

وقال إسحاق بن راهوية كما في مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج، تحقيق المزيد (٤٥) قال إسحاق: والسنة في ذلك ما قال ابن مسعود: إذا كان خارجًا من المصر، فأربعون درهمًا، وفي المصر: عشرة.

الدليل الثاني:

(ث-١١٠) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، وعمرو بن دينار، قالا: **جعل النبي ﷺ في العبد الآبق إذا جيء به خارج الحرم دينارًا.**

[رجاله ثقات إلا أنه مرسل، ويتقوى بأثر ابن مسعود][1].

الدليل الثالث:

(ح-٦١٦) ما رواه البيهقي من طريق خصيف، عن معمر، عن عمرو ابن دينار، عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: **قضى رسول الله ﷺ في العبد الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم**[2].

قال البيهقي: [هذا ضعيف، والمحفوظ حديث ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، وعمرو بن دينار، قالا: جعل رسول الله ﷺ... وذلك منقطع][3].

الدليل الرابع:

(ث-١١١) روى ابن أبي شيبة، من طريق حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب، **أن عمر جعل في الآبق دينارًا، أو اثني عشر درهمًا**[4].

---

(١) المصنف (٤/ ٤٤٣).
وروى ابن أبي شيبة (٤/ ٤٤٢) عن حفص، عن ابن جريج، عن عطاء، وابن أبي مليكة، وعمرو بن دينار، قالوا: ما زلنا نسمع أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارجًا من الحرم دينارًا، وعشرة دراهم.
فزاد حفص في إسناده عطاء.

(٢) سنن البيهقي (٦/ ٢٠٠).

(٣) ضعيف بسبب خصيف، ورجح البيهقي المرسل على المسند.

(٤) المصنف (٤/ ٤٤٢).

[إسناده ضعيف جدًا، دلسه حجاج بن أرطأة عن العرزمي][١].

الدليل الخامس:

(ث-١١٢) روى ابن أبي شيبة من طريق حجاج، عن حصين، عن الشعبي، عن الحارث، عن علي مثله[٢].

[ضعيف، فيه حجاج، والحارث الأعور].

هذه تقريبًا أدلة الحنفية في القول بالجعل في العبد الآبق خاصة، ولم يقيسوا على الآبق غيره لسببين:

الأول: أن القول في العبد الآبق جرى استحسانًا، وهو على خلاف القياس؛ لأن القياس ألا يكون له شيء إلا بالشرط[٣].

الثاني: أن الجعالة في غير العبد لا تخرج عن كونها:

إما إجارة باطلة لا يترتب عليها أي أثر، وكأن العقد لم ينعقد، وذلك إذا لم يعين العامل، بأن كانت الصيغة عامة، من دلني على كذا فله كذا؛ وقد بنى الحنفية القول بالبطلان على ثلاثة أشياء:

---

(١) قال يحيى بن معين: الحجاج بن أرطأة كوفي صدوق، يدلس عن محمد بن عبيد الله العرزمي، عن عمرو بن شعيب. الجرح والتعديل (٣/ ١٥٦).
وقال أبو نعيم الفضل بن دكين: لم يسمع الحجاج من عمرو بن شعيب إلا أربعة أحاديث، والباقي عن محمد بن عبيد الله العرزمي. جامع التحصيل (ص١٦٠).
قلت: والعرزمي متروك.
ورواه ابن أبي شيبة بإسناد أحسن من هذا وإن كان ضعيفًا، فقد رواه (٤/ ٤٤٢) من طريق أيوب أبي العلاء، عن قتادة وأبي هاشم (يعني الرماني الواسطي) أن عمر بن الخطاب قضى في جعل الآبق أربعين درهمًا. وقتادة وأبو هاشم لم يدركا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٢) المصنف (٤/ ٤٤٢).

(٣) الهداية شرح البداية (٢/ ١٧٨).

(١) أنها عقد مع مجهول، وهذا لا يصح.

(٢) افتقار العقد بهذه الصيغة إلى قبول، والعقد لا يتم إلا بإيجاب وقبول.

(٣) تعليق استحقاق المال بالخطر (وهو وجود الضال)، وقد يجده، وقد لا يجده، وهو من القمار المحرم.

وإما أن تكون الجعالة إجارة فاسدة وذلك إذا عين العامل.

وفساد العقد جاء من كون العمل فيه غير مقدر بقدر.

والعقد الفاسد يفسخ قبل التلبس بالعقد، ويستحق فيه العامل أجرة المثل بعد الشروع؛ ولا يستحق فيه المسمى؛ لفساد العقد.

قال السرخسي: «هذا شيء يأباه القياس؛ لأن العقد مع المجهول لا ينعقد، وبدون القبول كذلك... ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر، وهو قمار، والقمار حرام في شريعتنا، ولم يكن حرامًا في شريعة من قبلنا»[(١)].

وجاء في حاشية ابن عابدين: «رجل ضل له شيء، فقال: من دلني على كذا فله كذا، فهو على وجهين:

إن قال ذلك على سبيل العموم، بأن قال: من دلني، فالإجارة باطلة؛ لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر.

وإن قال على سبيل الخصوص، بأن قال لرجل بعينه: إن دللتني على كذا فلك كذا، إن مشى له فدله فله أجر المثل للمشي لأجله؛ لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة، إلا أنه غير مقدر بقدر، فيجب أجر المثل، وإن دله بغير مشي، فهو والأول سواء»[(٢)]. أي لا يستحق شيئًا.

---

(١) المبسوط (١١/ ١٨).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/ ٩٥).

وقال الكاساني: «أما أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانًا، والقياس ألا يثبت أصلًا، كما لا يثبت برد الضالة... لأن جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع؛ لأنه لا يتوصل إليه بالطلب عادة؛ إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك، فلو لم يأخذه لضاع، ولا يؤخذ لصاحبه، ويتحمل مؤنة الأخذ والرد عليه مجانًا بلا عوض عادة، وإذا علم أن له عليه جعلًا يحمل مشقة الأخذ والرد طمعًا في الجعل، فتحصل الصيانة عن الضياع، فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع، وصيانة المال عن الضياع واجب... بخلاف الضالة؛ لأن الدابة إذا ضلت، فإنها ترعى في المراعي المألوفة، فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة، فلا تضيع دون الأخذ، فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل»(١).

القول الثاني:

ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى جوازه مطلقًا في الآبق وغيره(٢).

واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٣، ٢٠٤).

(٢) الذخيرة (٦/ ٥)، الشرح الكبير (٤/ ٦٠)، منح الجليل (٨/ ٥٩)، مواهب الجليل، وانظر بهامشه التاج والإكليل (٥/ ٤٥٢)، الخرشي (٧/ ٦٠)، الأم (٤/ ٧٢)، المهذب (١/ ٤١١)، البيان للعمراني (٧/ ٤٠٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٨/ ٤٩٤)، روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨)، مغني المحتاج (٢/ ٤٢٩)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٢)، المغني (٦/ ٢٠)، الإنصاف (٦/ ٣٩٠).

وجه الاستدلال:

قال ابن كثير: قوله: «﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: ٧٢]، هذا من باب الجعالة، ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ هذا من باب الكفالة»[١].

وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يأت في شرعنا ما ينسخه، كيف وقد جاء فيه ما يؤيده كما في الدليل الآتي.

وأجيب عن الآية:

الجواب الأول:

أجاب الحنفية عن هذه الآية بأن القمار كان حلالًا في شريعة من قبلنا، وقد حرم في شريعتنا.

وأما ابن حزم فلا يرى الاحتجاج بشريعة من قبلنا، لقوله تعالى: ﴿لِكُلّٖ جَعَلۡنَا مِنكُمۡ شِرۡعَةٗ وَمِنۡهَاجٗاۚ﴾ [المائدة: ٤٨].

الجواب الثاني:

أن حمل البعير مجهول، والمخالف يشترط أن يكون العوض معلومًا، فهذا الحمل لا يدرى مم هو؟ أمن اللؤلؤ، أو من ذهب، أو من رماد، أو من تراب؟ ولا أي البعران هو؟ ومن البعران الضعيف الذي لا يستقل بعشرين صاعًا، ومنهم القوي الصحيح الذي يستقل بثلاثمائة صاع[٢].

ورد هذا الجواب:

بأن حمل البعير كان معلومًا عندهم، كالوسق، ولذلك قال إخوة يوسف: ﴿وَنَزۡدَادُ كَيۡلَ بَعِيرٖۖ﴾ [يوسف: ٦٥].

---

(١) تفسير ابن كثير (٢/ ٤٨٦).

(٢) انظر المحلى، مسألة (١٣٢٧).

الدليل الثاني:

(ح-٦١٧) ما رواه البخاري من طريق أبي بشر، عن أبي المتوكل، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن ناسًا من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب، فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق؟ فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلًا، فجعلوا لهم قطيعًا من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ، فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ، فسألوه، فضحك، وقال: **وما أدراك أنها رقية؟! خذوها، واضربوا لي بسهم**(١).

وجه الاستدلال:

قوله: (**حتى تجعلوا لنا جعلًا**) فدل الحديث على جواز الجعالة على أعمال القرب، فغيرها من باب أولى.

وأجيب عن الحديث بجوابين:

الجواب الأول:

أجاب ابن حزم بأن هذا الحديث صحيح إلا أنه لا حجة لهم فيه؛ لأنه ليس فيه إلا إباحة أخذ ما أعطى الجاعل على الرقية فقط، وهكذا نقول، وليس فيه القضاء على الجاعل بما جعل إن أبى أن يعطيه(٢).

ويرد على هذا:

لو كان دفع الجعل مكافأة وتبرعًا من القوم لم يكن في الدليل حجة، وصح اعتراض ابن حزم، وإنما كان الجعل عن عقد واشتراط قبل العمل، ولو كان

---

(١) صحيح البخاري (٥٧٣٦)، ورواه مسلم (٢٢٠١).

(٢) المحلى، مسألة: (١٣٢٧).

اشتراط الجعل حرامًا لبينه النبي ﷺ، فلما لم يبين علم أن اشتراط الجعل جائز، والله أعلم.

الجواب الثاني:

قال ابن عرفة: «تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل، وفيه نظر؛ لجواز كون إقراره ﷺ لاستحقاقهم إياه بالضيافة، فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية رخصة اتفاقًا»[١].

ويرد على الاعتراض:

لو كان الجواز لاستحقاقهم إياه بالضيافة لبين ذلك النبي ﷺ للأمة، ولو بينه لنقل، فلما أقرهم عليه، وكان ذلك مطلقًا حمل ذلك على الجواز.

الدليل الثالث:

(ح-٦١٨) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن سعيد، عن ابن أفلح، عن أبي محمد، مولى أبي قتادة، عن أبي قتادة ﷺ، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حنين، وفيه: قال رسول الله ﷺ: **من قتل قتيلًا له عليه بينة، فله سلبه**[٢].

وجه الاستدلال:

جازت الجعالة مع أن العوض مجهول هنا؛ والشرط في صحة الجعالة عند الجمهور أن يكون العوض معلومًا؛ لأنه من مال الكفار.

قال ابن قدامة: «إن جعله من مال المسلمين لم يجز إلا معلومًا مقدرًا،

---

(١) مواهب الجليل (٥/ ٤٥٢، ٤٥٣).

(٢) صحيح البخاري (٣١٤٢)، ورواه مسلم (١٧٥١).

كالجعل في المسابقة، ورد الضالة، وإن كان من الكفار جاز مجهولًا؛ لأن النبي جعل الثلث والربع وسلب المقتول، وهو مجهول؛ ولأنه لا ضرر فيه على المسلمين، فجاز مع الجهالة، كسلب القتيل»(١).

الدليل الرابع:

احتج ابن قدامة بالإجماع على جواز الجعالة في رد العبد الآبق، قال ابن قدامة: «وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا»(٢). فغيره إما مثله، أو مقيس عليه.

ويجاب:

هذا الدليل حجة على الحنفية حيث منعوا الجعالة، وأجازوها في رد العبد الآبق، حيث يقال في الرد عليهم: لا فرق في المال بين العبد وغيره، فصيانة المال مأمور بها الإنسان، ولا يعتبر هذا الدليل حجة على ابن حزم حيث يمنع الإلزام بالجعالة في العبد الآبق وغيره، وخلافه يخرق الإجماع، والله أعلم.

الدليل الخامس:

من النظر: فإن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإن العمل قد يكون مجهولًا، كرد الآبق والضالة ونحو ذلك، ولا تنعقد الإجارة فيه، والحاجة داعية إلى ردهما، وقد لا يجد من يتبرع به، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل.

الدليل السادس:

القياس على عقد المضاربة، قال إمام الحرمين: «وإذا كنا نحتمل جهالة

---

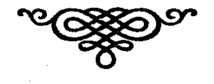
(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٠).

(٢) المغني (٦/ ٢٠).

القراض (المضاربة) توصلًا إلى تحصيل الأرباح من غير اضطرار، وإرهاق إليها، فجهالة الجعالة أولى بالاحتمال»[1].

❑ الراجح:

جواز عقد الجعالة، لشدة الحاجة إليها، ولقوة أدلة القائلين بالجواز.



(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (٨/ ٤٩٥).



المبحث الثالث
الفرق بين الجعالة والإجارة

[م-٩٧٠] الجعالة نوع من الإجارة، فهي دفع عوض في مقابل عمل آدمي، إلا أنها تفترق عن الإجارة ببعض الفروق، ذكر العلماء منها:

الأولى: الجعالة عقد جائز، ولا يكون لازمًا إلا بتمام العمل على الصحيح، بخلاف الإجارة فهي عقد لازم ليس لأحد المتعاقدين الفسخ إلا بالتراضي.

الثاني: يشترط في الإجارة تعيين العامل، فلا تصح مع جهالة الأجير، بخلاف الجعالة فتصح مع إبهام العامل، كأن يقول: من رد مالي فله كذا.

الثالث: الجعالة لا يشترط لصحتها العلم بالعمل المجاعل عليه، بخلاف الإجارة فإنها يشترط أن يكون العمل فيها معلومًا.

الرابع: يشترط في الإجارة أن تكون مدة العمل معلومة، بخلاف الجعالة، فإنه لا يشترط فيها معرفة مدة العمل.

الخامس: لا يستحق العامل في الجعالة إلا بتمام العمل، خلافًا للإجارة فيستحق الأجر على قدر العمل إلا إذا شارطه على الإتمام.

السادس: منع بعض الفقهاء في عقد الإجارة الجمع بين تقدير المدة والعمل، كأن يقول: من خاط هذا الثوب في يوم فله كذا، وأجاز الحنابلة في عقد الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل.

السابع: أجاز الفقهاء تقديم الأجرة في عقد الإجارة، ومنع المالكية تقديم دفع الأجرة في عقد الجعالة.

الثامن: ذكر الشافعية بأنه لا يشترط في عقد الجعالة قبول العامل، وإن كان العامل معينًا، فمن سمع النداء من الجاعل أو علم به، فله أن يباشر العمل دون أن يتلفظ بالقبول، وأما في عقد الإجارة فلا تنعقد عندهم إلا بالقبول المطابق للإيجاب كالبيع[١].



(١) الفروق للقرافي (٤/ ١٢، ١٣)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٠)، جواهر العقود للسيوطي (١/ ٣٢٨)، حاشية الجمل (٤/ ٣١٤)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٣)، الإنصاف (٦/ ٣٩٠).

الباب الأول
في أركان الجعالة

[م-٩٧١] يقع بين الحنفية والجمهور خلاف في تحديد أركان العقد، تكلمنا عليه فيما سبق في كل من عقد البيع، والإجارة، والسلم، وغيرها، فإذا خرج الحنفية من عقد الجعالة باعتبارهم لا يقولون بجوازها، فلا يوجد خلاف بين الجمهور في تحديد أركان الجعالة:

والأركان عندهم أربعة:

أحدها: الصيغة.

الثاني: المتعاملان (الجاعل، والمجعول له).

الثالث: العمل.

الرابع: الجعل(١).

قال في الشرح الصغير: «أركانها أربعة كالإجارة، العاقد، والمعقود عليه، وبه (العوض) وما يدل على الصيغة»(٢).

وجاء في نهاية المحتاج: «وأركانها أربعة: صيغة، ومتعاقدان، وعمل، وعوض»(٣).

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ١١١)، الذخيرة (٦/ ٦)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٣)، الشرح الصغير (٤/ ٨١)، أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣١)، مغني المحتاج (٢/ ٤٢٩).

(٢) الشرح الصغير (٤/ ٨١).

(٣) نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٦).

ولكل واحد من هذه الأركان شروط سوف نتعرض لها في المباحث التالية إن شاء الله تعالى.

❊ ❊ ❊

الفصل الأول
في شروط الصيغة

المبحث الأول
في اشتراط الإيجاب دون القبول

[م-٩٧٢] الجعالة: التزام بإرادة واحدة من الجاعل، فلا تنعقد إلا بإيجاب من الجاعل، ولا يشترط قبول العامل، وإن عينه الجاعل.

جاء في حاشية قليوبي وعميرة: «فلا يشترط قبول العامل، ولو كان معينًا»[١].

ويصح الإيجاب، سواء كان موجهًا لشخص معين، أو لغير معين.

جاء في تهذيب المدونة: «ومن قال لرجل: إن جئتني، أو قال: من جاءني بعبدي الآبق، فله أو فلك عشرة دنانير، وسمى موضعًا هو فيه، أو لم يسم، ولم يعرف السيد موضعه، جاز ذلك، ولمن جاء به العشرة»[٢].

ولم يشترط الفقهاء القبول؛ لما فيه من التضييق في محل الحاجة[٣].

فلو سمع قائلًا يقول: من يأتيني بعبدي الآبق مثلًا، فله كذا، فأتاه به من غير تواطؤ معه، ولا حصول قبول منه، فإنه يستحق الجعل[٤].

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣١).
(٢) تهذيب المدونة (٣/ ٣٩٠)، الذخيرة (٦/ ٦).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٢٩)، حاشية الرملي (٢/ ٤٣٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣١).
(٤) الشرح الكبير للدردير (٤/ ٦٠).

ولما كان القبول ليس شرطًا في العقد لم يشترط تطابق الإيجاب والقبول، فلو قال الجاعل: إن رددت ضالتي فلك دينار.

فقال العامل: أردها بنصف دينار، فالراجح القطع باستحقاقه للدينار؛ لأن القبول لا أثر له في الجعالة.



المبحث الثاني
إذا عمل العامل بلا إيجاب من الجاعل

الفرع الأول
أن يردها بلا إيجاب من المالك ولا من غيره

[م-٩٧٣] اختلف العلماء في الرجل يرد الضالة بلا إذن صاحبها على أقوال:

القول الأول:

لا يستحق العامل الجعل في رد الضال، ويستحق الجعل في رد العبد الآبق، سواء كان معروفًا بطلب الإباق، أو لم يكن معروفًا، إلا أن يكون الراد هو الإمام فلا يستحق شيئًا؛ لانتصابه للمصالح. وهذا مذهب الحنفية(١).

وسبق أن ذكرنا أدلتهم في التفريق بين العبد وبين غيره في مسألة حكم الجعالة عند الفقهاء.

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى التفصيل: إن كان منتصبًا للعمل استحق جعل مثله، في الضال والآبق، وإن لم يكن منتصبًا للعمل استحق النفقة فقط، وقيل: لا نفقة له اختاره بعضهم(٢).

❑ وجه قول المالكية:

أن هذا عمل لم يتفق فيه على مقدار الجعل، وكل عمل لم يتفق فيه على

---

(١) الهداية شرح البداية (٢/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٩).

(٢) التاج والإكليل (٥/ ٤٥٤)، مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥)، الذخيرة (٦/ ٦).

عوض مقدر، يرجع فيه إلى جعل المثل، أصله الإجارة، وما ورد في الأثر من التقدير بالدينار يؤخذ منه أن له الجعل، وإن لم يشترط، وذكر الدينار ليس على سبيل التقدير، بل لأنه جعل مثله في ذلك الوقت.

واشترطنا أن يكون الجاعل منتصبًا للعمل؛ لأنه لما لم يكن هناك عقد واتفاق، كان العرف الجاري يقوم مقام القول، فصار كنقد البلد، وكما لو دخل حمامًا، أو جلس في سفينة ملاح؛ لأن شاهد الحال يقتضيه، فصار كالتعويض، فإن لم يكن منتصبًا لم يستحق الأجرة إلا بالشرط؛ لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد، فصار كما لو تبرع به[(١)].

القول الثالث:

ذهب الشافعية إلى أن الجاعل لا يستحق شيئًا، لا في الضال، ولا في الآبق مطلقًا، سواء أكان الراد معروفًا برد الضوال والآبقين، أم لا. وهذا مذهب الشافعية[(٢)].

❑ وجه قول الشافعية:

(ح-٦١٩) قال الماوردي: «دليلنا عموم قوله ﷺ: **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[(٣)].

---

(١) انظر الإشراف (٢/ ٦٨١، ٦٨٢).

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٢٩)، تحفة المحتاج (٦/ ٣٦٦)، روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨)، المهذب (١/ ٤١١).

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ٢٩). وحديث (**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**)، معنى الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي بكرة في البخاري (١٧٤١) ومسلم (١٦٧٩)، ورواه البخاري (١٧٣٩) من حديث ابن عباس (١٧٣٩)، ومسلم من حديث جابر (١٢١٨). وحكمه في حرمة مال المسلم مقطوع به، مجمع عليه. هذا من حيث الفقه. =

ولأن العامل متبرع قد بذل منفعته دون أن يلتزم له أحد بدفع عوض، فلم يستحق شيئًا.

القول الرابع:

ذهب الحنابلة إلى أنه لا يستحق شيئًا في رد الضال، واستثنوا مسألتين:

الأولى: في رد الإباق فإنه يستحق مطلقًا ولو لم يأذن صاحبه، سواء أكان معروفًا برد الإباق أم لا، إلا أن يكون الراد الإمام.

الثانية: إذا قام العامل بتخليص متاع غيره من الهلكة، كإنقاذه من الغرق، أو من الحريق؛ فله أجرة مثله؛ لأن فيه حثًا، وترغيبًا في إنقاذ الأموال من الإتلاف(١).

جاء في شرح منتهى الإرادات: «وإن عمل شخص - ولو المعد لأخذ أجرة على عمله - لغيره عملًا بلا إذن، أو بلا جعل ممن عمل له، فلا شيء له؛ لتبرعه

= وأما دراسة الحديث من حيث الإسناد، فحديث (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه منه) رواه عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري على وجهين.
أحدهما: رواه عبد الملك بن حسن الجاري، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن عمارة بن حارثة الضمري، عن عمرو بن يثربي.
ورواه سهيل بن أبي صالح، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد، عن أبي حميد الساعدي.
وذكر البيهقي (٦/ ١٠٠) بإسناده عن علي بن المديني أنه قال: الحديث عندي حديث سهيل. اهـ
قلت: وعمارة بن حارثة ذكره البخاري في التاريخ الكبير (٦/ ٤٩٧)، وابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٦/ ٣٦٤)، ولم يذكرا فيه جرحًا.
وذكره ابن حبان في الثقات (٥/ ٢٤٤)، وهو من التابعين، وليس له رواية إلا هذا الحديث.
وقد خرجت طرق الحديث في عقد الشفعة، في مبحث (الشفعة على وفق القياس) فانظره هناك مشكورًا.

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٦)، الإنصاف (٦/ ٣٩٢).

بعمله حيث بذله بلا عوض، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه، ولم تطب به نفسه، إلا في تخليص متاع، ولو كان المتاع قنًا من بحر، أو فم سبع، أو فلاة يظن هلاكه في تركه، فله أجرة مثله؛ لأنه يخشى من هلاكه، وتلفه على مالكه بخلاف اللقطة، وفيه حث وترغيب في إنقاذ الأموال من الهلكة، وإلا في رد آبق من قن، ومدبر، وأم ولد إن لم يكن الراد الإمام»[١].

❑ **الراجح:**

لعل قول الحنابلة أقرب الأقوال إلى الصواب، والله أعلم.



(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٥).

الفرع الثاني
أن يكون الإيجاب من غير المالك

[م-٩٧٤] إذا قال أجنبي: من رد عبد فلان فله كذا لزمه العوض، لا فرق بين أن يقول: فله عليَّ، أو فله كذا.

قال النووي: «لو قال غير المالك: من رد عبد فلان، فله كذا، استحقه الراد على القائل»(١).

وفي حاشية الجمل: «وظاهر كلام المصنف أنه يلزم غير المالك العوض، وإن لم يقل: علي»(٢).

وفي نهاية المحتاج: «قال الخوارزمي في الكافي، ولو قال: الفضولي: من رد عبد فلان فله علي دينار، أو قال: له دينار. فمن رده استحق على الفضولي ما سمى»(٣).

أما لو قال الفضولي: قال المالك فلان: من رد عبدي فله كذا، لم يستحق الراد على الفضولي شيئًا، وأما المالك فإن صدقه لزمه العوض، وإلا فلا.

قال النووي: «ولو قال فضولي: قال فلان: من رد عبدي، فله كذا، لم يستحق الراد على الفضولي شيئًا؛ لأنه لم يلتزم به. وأما المالك: فإن كذب الفضولي عليه، فلا شيء عليه، وإن صدق، قال البغوي: يستحق عليه، وكأن هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد قوله، وإلا فهو كما لو رد غير عالم بإذنه»(٤).

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨).
(٢) حاشية الجمل (٣/ ٦٢٢).
(٣) نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٩).
(٤) روضة الطالبين (٥/ ٢٦٨، ٢٦٩).



الفرع الثالث
إذا لم يسمع العامل إيجاب الجاعل

[م-٩٧٥] هل استحقاق العوض مرتب على التزام الجاعل به، علم به العامل أو لم يعلم؟ أو أن العوض لا يستحقه العامل إلا بأمرين: التزام من الجاعل بالعوض، واطلاع من العامل بهذا الالتزام.

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إذا قال المالك: من وجد مالي فله كذا وكذا، فرده من لم يعلم بقوله لم يستحق شيئًا؛ لأنه متطوع بالرد من غير عوض.

ومن بلغه الجعل في أثناء العمل فإنه يستحق من الجعل بنسبة ما أتمه من العمل بعد العلم بالإذن، ولا يستحق شيئًا عن العمل الحادث قبل علمه بالجعل.

وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة[١].

واستثنى الحنابلة مسألتين سبق ذكرهما:

الأولى: في رد الإباق فإنه يستحق مطلقًا، أذن صاحبه أو لم يأذن.

الثانية: إذا قام العامل بتخليص متاع غيره من الهلكة، كإنقاذه من الغرق، أو من الحريق؛ فله أجرة مثله[٢].

---

(١) البيان للعمراني (٧/ ٤١٠)، المهذب (١/ ٤١١)، مغني المحتاج (٢/ ٤٢٩)، المغني (٦/ ٢٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٨)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٦)، الإنصاف (٦/ ٣٩٢).

وفي كشاف القناع: «ومن فعله: أي العمل المجاعل عليه قبل أن يبلغه الجعل لم يستحقه، أي الجعل، ولا شيئًا منه؛ لأنه متبرع بعمله، وحرم عليه أخذه، أي الجعل؛ لأنه من أكل المال بالباطل، وسواء رده قبل بلوغ الجعل، أو بعده، إذ الجعل في مقابلة العمل، لا التسليم»[١].

وجاء في الإقناع: «فمن فعله بعد أن بلغه الجعل استحقه كدين، وفي أثنائه يستحق حصة تمامه»[٢].

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن العامل إن سمع المالك استحق المسمى، وإن لم يسمعه، وكان منتصبًا للعمل استحق جعل مثله، وإن كان لم يكن ذلك من عادته استحق النفقة فقط.

هذا هو المشهور عند المالكية[٣].

القول الثالث:

حكى ابن حبيب، عن ابن الماجشون وأصبغ من المالكية أن له الجعل المسمى، وإن لم يعلم به[٤].

وسبق ذكر أدلتهم في مسألة سابقة، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، والله أعلم.

---

(١) كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

(٢) الإقناع (٢/ ٣٩٤).

(٣) منح الجليل (٨/ ٦٠)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٤)، مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥)، الذخيرة (٦/ ٦).

(٤) منح الجليل (٨/ ٦٠)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٤)، مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥)، الذخيرة (٦/ ٦).

المبحث الثالث
في اشتراط اللفظ في صيغة الجعالة

الأصل في العقود من المعاملات المالية أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها، من قول، أو فعل[١].

[م-٩٧٦] اختلف الفقهاء في اشتراط اللفظ في صيغة الجعالة على قولين:

القول الأول:

لا يشترط في الإيجاب اللفظ، بل تصح الجعالة بكل ما يدل على إذن بالعمل بعوض معلوم.

قال الصاوي في الشرح الصغير: «وقوله: (من صيغة)... ولا يشترط فيها اللفظ كالإجارة»[٢].

القول الثاني:

طرد الشافعية مذهبهم فاشترطوا اللفظ، وجعلوا الكتابة والإشارة المفهمة من الأخرس قائمة مقام الصيغة.

واشترطوا في الكتابة أن ينوي بها الجعالة؛ لأنها من ألفاظ الكنايات، والكنايات يشترط أن يقترن بها نية بخلاف الصريح.

قال في تحفة المحتاج: «وأما الناطق إذا كتب ذلك، ونواه، فإنه يصح منه»[٣].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٥٥).

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٨١).

(٣) تحفة المحتاج (٦/ ٣٦٦).

وعللوا ذلك بأن الجعالة معاوضة، فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب.

والراجح: القول الأول.



المبحث الرابع
التعليق في صيغة الجعالة

قال ابن القيم: **تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف**[١].

وقال السعدي: **التعليق للعقود كلها بالشروط المعلومة غير المجهولة جائز لا محذور فيه**[٢].

[م-٩٧٧] سبق لنا في عقد البيع أن الأئمة الأربعة لا يجيزون تعليق البيع على شرط، مثل: بعتك إن قدم زيد[٣].

واستثنى الحنفية والمالكية تعليق البيع على رضا شخص، أو مشورته[٤].

---

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٣٨٧).

(٢) فتاوى السعدي (١/ ٤٨٦).

(٣) نص الحنفية بأن البيع لا يصح تعليقه بالشرط، انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٣١)، البحر الرائق (٦/ ١٩٤)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٤٣).
وانظر في مذهب المالكية: الفروق (١/ ٢٢٩).
وانظر في مذهب الشافعية: المنثور في القواعد (١/ ٣٧٤)، المهذب (١/ ٢٦٦)، وقال في المجموع (٩/ ٤١٤): «ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل، كمجيء الشهر، وقدوم الحاج...».
وانظر في مذهب الحنابلة: الكافي (٢/ ١٨)، الإنصاف (٤/ ٣٥٦)، المبدع (٤/ ٥٩)، كشاف القناع (٣/ ١٩٥).

(٤) اشترط الحنفية للجواز إذا وقت ذلك بثلاثة أيام، أما المالكية فقالوا: ذلك يختلف باختلاف السلع: انظر في مذهب الحنفية: الفتاوى الهندية (٣/ ٥)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٤/ ١٣١). =

وأما تعليق صيغة الجعالة فذهب عامتهم إلى جوازها، كما لو قال: إن رددت عبدي فلك كذا، وعللوا ذلك: بأنها تعليق استحقاق بشرط كالوصية[١].

قال الزركشي في القواعد: «وأما التعليق في الجعالة، والخلع، ونحوهما، فلأنه التزام يشبه النذر»[٢].

وقال في الفروع: «الجعالة: أن يجعل معلومًا كأجرة، كمن رد عبدي، أو بنى لي هذا فله كذا أو مائة؛ لأنه في معنى المعاوضة، لا تعليقًا محضًا»[٣].

وقال البهوتي: «أو جعله لغير معين بأن يقول: من رد لقطتي، أو وجدها، فله كذا... فيصح العقد مع كونه تعليقًا؛ لأنه في معنى المعاوضة، لا تعليقًا محضًا»[٤].

وخالف في ذلك ابن حجر الهيتمي من الشافعية، فقال تعليقًا على تشبيه

= وجاء في البحر الرائق (٦/ ١٩٥): «أطلق في عدم صحة تعليقه بالشرط، وهو محمول على ما إذا علقه بكلمة (إن) بأن قال: بعتك هذا إن كان كذا، فيفسد البيع مطلقًا، ضارًا كان أو نافعًا، إلا في صورة واحدة، وهو أن يقول: بعت منك هذا إن رضي فلان، فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام؛ لأنه اشترط الخيار إلى أجنبي، وهو جائز».

وفي مذهب المالكية: جاء في المدونة (٤/ ١٧٨): «قال مالك في الرجل يبيع السلعة، ويشترط البائع إن رضي فلان البيع، فالبيع جائز، قال: لا بأس به».

وقال ابن عبد البر في الكافي (ص٣٤٣): «وجائز أن يشترط كل واحد منهما الخيار لغيره، كقولك: إن رضي فلان، أو على مشورة فلان، إلا أن يكون فلان غائبًا غيبة بعيدة، فإن كان كذلك لم ينعقد البيع على ذلك...».

(١) أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢).

(٢) المنثور في القواعد (١/ ٣٧٨).

(٣) الفروع (٤/ ٤٥٥).

(٤) كشاف القناع (٤/ ٢٠٣).

الجعالة بالقراض في عدم تأقيت الصيغة: «ويؤخذ من التشبيه بالقراض، أنه لا يصح تعليقها، وهو ظاهر، ولم أر من تعرض له»[(١)].

❑ والراجح:

صحة التعليق في العقود كلها، ومنه الجعالة، بل إن من العقود لا يقع إلا معلقًا كالوصية والجعالة، فالأول على الموت، والثاني على إنجاز العمل.

قال ابن القيم: «ولا يمتنع تعليق الاختيار على الشرط، كما يصح تعليق الجعالة والولاية والوكالة والعتق والطلاق، وكذلك يصح تعليق الرجعة بالشرط...»[(٢)].

على أن الجعالة من طبيعتها أن تكون الصيغة معلقة؛ لأن استحقاق الجعل معلق على القيام بالعمل والفراغ منه، والعامل فيه غالبًا غير معين، والله أعلم.



(١) تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٠).
(٢) أحكام أهل الذمة (٢/ ٧٥٢).



الفصل الثاني
في شروط العاقدين

المبحث الأول
في شروط الجاعل

[م-٩٧٨] يشترط في الجاعل: أهلية الاستئجار والعمل.

قال في حاشية العدوي: «وشرط العاقد التأهل لعقد الإجارة صحة، ولزومًا»[١].

وقال في البهجة شرح التحفة: «أركان الجعل ثلاثة: عاقد، وشرطه: أهلية البيع، والعمل»[٢].

وكان اختلاف الفقهاء راجعًا إلى اختلافهم في تحقيق هذا الشرط، فهم متفقون على اشتراط أن يكون الجاعل جائز التصرف، مختلفون في الصبي المميز، هل تحققت فيه أهلية التصرف، وهل الإكراه يؤثر في الأهلية، وسوف نبحث هاتين المسألتين كل واحدة منها في مبحث مستقل.

المسألة الأولى:

[م-٩٧٩] اختلف الفقهاء في الجاعل إذا كان صبيًا مميزًا على ثلاثة أقوال:

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٣)، وانظر الفواكه الدواني (٢/ ١١٠).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٣١١).

القول الأول:

ذهب المالكية إلى أن الصبي المميز له أهلية العقد، فالتمييز شرط لصحة العقد، والتكليف شرط للزومه، فيصح عقد الجعالة من الصبي المميز، ويكون موقوفًا على إجازة الولي[١].

قال الخرشي: «وشرط عاقده تمييز. . . ولزومه تكليف»[٢].

القول الثاني: مذهب الشافعية:

يشترط في الجاعل عند الشافعية أن يكون صحيح التصرف فيما يجعله عوضًا.

قال في مغني المحتاج: «يشترط في الملتزم للجعل مالكًا كان أو غيره أن يكون مطلق التصرف، فلا يصح من صبي، ومجنون، ومحجور وسفيه»[٣].

فالشافعية يمنعون الصبي من التصرف مطلقًا، سواء أكان مميزًا أم غير مميز، وسواء أكان مأذونًا له أم لا، وإنما الذي يباشر العقد عنه وليه.

وسبق ذكر أدلتهم في عقد البيع، فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

القول الثالث: مذهب الحنابلة:

اشترط الحنابلة في الجاعل أن يكون جائز التصرف[٤].

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٧٩)، شرح الخرشي (٧/ ٦٠)، الذخيرة (٦/ ٦)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٤).

(٢) شرح الخرشي (٧/ ٦٠).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٠)، وانظر أسنى المطالب (٢/ ٤٤٠)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٦٦).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٩١).

قال في مطالب أولي النهى: «وإن قال جائز التصرف لزيد مثلًا: إن رددت لقطتي فلك ذلك...»[١].

فاعتبر القول إذا كان صادرًا من جائز التصرف[٢].

إلا أنهم نصوا على أن الإجارة من الصبي المميز لا تصح إلا إذا كانت مبنية على إذن سابق[٣].

لأن الصبي إذا لم يؤذن له في التصرف كان محجورًا عليه، وتصرفات المحجور عليه باطلة غير صحيحة قياسًا على السفيه[٤].

هذا قولهم في الإجارة، والجعالة مقيسة عليه.

فالمالكية اعتبروا الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، وأما الحنابلة فصححوا تصرف الصبي المميز إذا كان الإذن سابقًا على التصرف.

وأرى أن الراجح في هذا مذهب المالكية، وأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

المسألة الثانية: اشتراط الاختيار.

[م-٩٨٠] اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون الجاعل مختارًا، فإن كان مكرهًا، فهل يصح عقده؟

---

(١) مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٩).

(٢) انظر الإنصاف (٤/ ٢٦٧)، الكافي (٢/ ٥٩٧).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٤٥٨)، قال ابن قدامة في المغني (٤/ ١٦٨): «أما إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه، ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة وليه».

(٤) كشاف القناع (٣/ ٤٥٨).

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكية إلى أن المكره له أهلية الاستئجار، وبالتالي يصح عقد الجعالة منه إلا أن عقده غير لازم، فللمكره الخيار بين إمضائه ورده[١].

هذا قولهم في عقد المكره على البيع، والجعالة مقيسة عليه؛ لأنها قائمة على المعاوضة.

القول الثاني:

لا ينعقد مطلقًا، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.

جاء في فتوحات الوهاب: «أركانها أربعة عمل وجعل وصيغة وعاقد، وشرط فيه اختيار. . . فلا يصح التزام مكره»[٢].

وقد نص الحنابلة في عقد البيع والإجارة على بطلان عقد المكره، والجعالة مقيسة عليه[٣].

قال في الإنصاف: «الجعالة نوع إجارة، لوقوع العوض في مقابلة منفعة. . .»[٤].

---

(١) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٨)، التاج والإكليل (٦/ ٤١، ٤٢)، الشرح الكبير (٣/ ٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٧٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦).

(٢) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل) (٣/ ٦٢٢)، وانظر حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٢١).

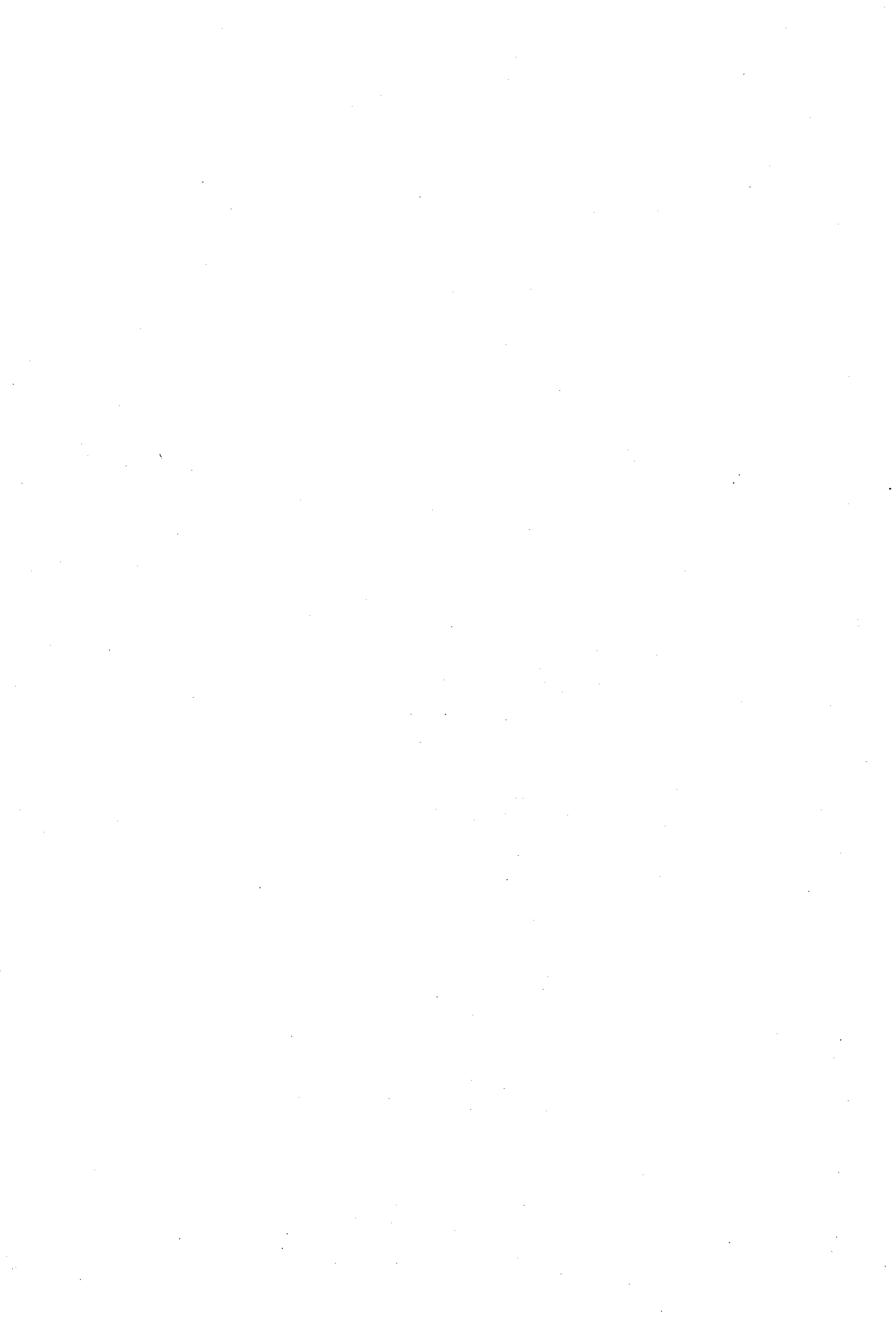
(٣) الإنصاف (٤/ ٢٦٥)، المبدع (٤/ ٧)، المحرر (١/ ٣١١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧)، كشاف القناع (٣/ ١٥٠).

(٤) الإنصاف (٦/ ٣٨٩).

وقال في شرح منتهى الإرادات: «والجعالة نوع إجارة؛ لوقوع العوض في نظير النفع»[١].

وأرى أن الراجح في هذا مذهب المالكية؛ لأن الحق للمكره، فإذا أجاز العقد مضى، والله أعلم.

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٣).



المبحث الثاني
في شروط العامل

[م-٩٨١] اختلف الفقهاء فيما يشترط في المجعول له (العامل) على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكية إلى أنه يشترط في العامل ما يشترط في الجاعل، وقد سبق لنا أنهم يشترطون في الجاعل أهلية الاستئجار والعمل.

قال القرافي: «النظر الأول: في أركانها - وهي أربعة - الأول والثاني: المتعاقدان... ولا يشترط فيهما إلا أهلية الاستئجار والعمل»(١).

فقوله: (فيهما) الضمير يعني الجاعل والمجعول له.

واقتصر خليل في مختصره بذكر شرط الجاعل، ولم يذكر شرط المجعول له، قال الخرشي في شرحه: «وإنما اكتفى بشرط الجاعل، عن شرط المجعول له؛ لأن ما كان شرطًا في الجاعل كان شرطًا في المجعول له، فاكتفى بأحد المتساويين عن الآخر»(٢).

وقال ابن عرفة: شرطه أهلية المعاوضة فيهما(٣): أي في الجاعل والمجعول له، وأهلية المعاوضة: هي أهلية الاستئجار والعمل.

القول الثاني:

اشترط الشافعية في المجعول له شرطين هما:

---

(١) الذخيرة (٦/ ٦)، وانظر عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٤).

(٢) منح الجليل (٨/ ٥٩).

(٣) شرح حدود ابن عرفة (ص٤٠٤).

الشرط الأول:

علمه بالالتزام، فلو قال: إن رد زيد آبقي، فله كذا، فرده غير عالم بذلك لم يستحق شيئًا[(١)].

وهذه مسألة خلافية سبق التعرض لها بالبحث على وجه الاستقلال.

الشرط الثاني:

اشترط الشافعية في العامل المعين أهليته للعمل وقت النداء والعمل، بأن يكون قادرًا عليه، فلا يصح العقد من عاجز عن العمل، كصغير وضعيف لا يقدر عليه؛ لأن منفعته معدومة.

أما إذا كان العامل غير معين، فلا تشترط أهليته للعمل وقت النداء، بل تشترط أهليته وقت الرد، فلو كان حال النداء غير أهل كصغير لا يقدر، ثم صار أهلًا بعد ذلك، فإذا رَدَّ بعد أن كان قادرًا صح ذلك.

ولا يشترط في العامل بنوعيه معينًا كان أو غير معين بلوغ ولا عقل، فيصح الرد من الصبي والمجنون إذا كان لهما نوع تمييز، ولو بلا إذن من وليهما.

قال الشافعية: وليس لنا عقد يصح مع الصبي المميز، والمجنون المميز إلا هذا.

ويصح من العبد على الصحيح، ولو بلا إذن السيد، ويصح العقد من محجور عليه بسفه[(٢)].

قال في مغني المحتاج: «وهذا هو المعتمد خلافًا لما قاله في السير من عدم استحقاق الصبي والعبد إذا قام به بغير إذن سيده»[(٣)].

---

(١) إعانة الطالبين (٣/ ١٢٣)، أسنى المطالب (٢/ ٤٣٩، ٤٤٠).

(٢) حاشية الجمل (٣/ ٦٢٣)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢٣٩).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٠).

وقال الماوردي: «فلو قال: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار، فأي الناس جاء به استحق الدينار، من رجل أو امرأة، حر أو عبد، مسلم أو كافر، صغيرًا أو كبيرًا عاقلًا أو مجنونًا، إذا كان قد سمع النداء، أو علم به؛ لدخولهم في عموم قوله: من جاءني»[١].



(١) الحاوي الكبير (٨/ ٣١)، وانظر أسنى المطالب (٢/ ٤٤٠)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٠).



الفصل الثالث
ما يشترط في العمل

قال النووي: **ما يعتبر في العمل لجواز الإجارة، يعتبر في الجعالة سوى كونه معلومًا**[١].

[م-٩٨٢] نص المالكية والشافعية على أن شروط العمل في الجعالة، هي شروط العمل في الإجارة إلا شرطًا واحدًا، وهو كون العمل معلومًا، فهو شرط في الإجارة، وليس شرطًا في الجعالة.

جاء في البهجة شرح التحفة: «أركان الجعل ثلاثة: عاقد، وشرطه: أهلية البيع، والعمل، وهو كعمل الإجارة من كونه منفعة، تتقوم، قُدِر على تسليمها، بلا استيفاء عين، ولا حظر»[٢].

وقال في عقد الجواهر الثمينة: «الركن الثالث: العمل، وهو كل عمل يجوز الاستئجار عليه، ولكن لا يشترط كونه معلومًا»[٣].

وقال النووي في الروضة: «وما يعتبر في العمل لجواز الإجارة، يعتبر في الجعالة سوى كونه معلومًا»[٤].

وقال في الإقناع: «ما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة كالغناء، والزمر، وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه»[٥].

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠).
(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٣١١).
(٣) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٥).
(٤) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠).
(٥) الإقناع (٢/ ٣٩٥)، وانظر المغني (٦/ ٢٢)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

وبناء على هذا النص نستطيع أن نتوصل إلى أن شروط العمل في الجعالة مما لم ينص عليه الفقهاء يمكن الرجوع فيها إلى شروط العمل في الإجارة، إلا شرطًا واحدًا: وهو كون العمل معلومًا، فإنه وإن كان شرطًا في الإجارة، فليس شرطًا في الجعالة.

هذا الكلام في شروط العمل في الجعالة على سبيل الإجمال، وأما شروط العمل فيها على سبيل التفصيل، فسوف نذكرها إن شاء الله تعالى في المباحث التالية.



الشرط الأول
أن يكون العمل مباحًا

كل ما يحرم فعله لا يجوز أخذ الجعالة عليه.

كل ما يلزم الجاعل فعله لا يجوز أخذ الجعالة عليه[١].

[م-٩٨٣] اشترط الفقهاء في عمل الجعالة أن يكون مباحًا.

وخرج بذلك شيئان:

الأول: المحرم، فكل عمل لا يجوز للمجعول له فعله، يحرم أخذ الجعالة على فعله، كالجعالة على تعليم السحر، والغناء، وحمل الخمر لغير الإراقة، ونحو ذلك.

قال في الإقناع: «وكل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة كالغناء، والزمر، وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه»[٢].

الثاني: خرج بالمباح الواجب، فكل ما يلزم الجاعل فعله لا يجوز أخذ الجعالة عليه.

قال ابن رشد في المقدمات: «أما ما لا يصح فيه الجعل ولا الإجارة فنوعان:

أحدهما: ما لا يجوز للمجعول له فعله.

والثاني: ما يلزمه»[٣].

---

(١) انظر المقدمات الممهدات (٢/ ١٨١)، ومنح الجليل (٨/ ٦٤).

(٢) الإقناع (٢/ ٣٩٥)، وانظر كشاف القناع (٤/ ٢٠٥).

(٣) المقدمات الممهدات (٢/ ١٨١)، وانظر منح الجليل (٨/ ٦٤).

فما لا يجوز له فعله من المحرمات سبق ضرب الأمثلة له، وأما الثاني: فهو ما يجب على الجاعل فعله فهذا لا يستحق الجعل عليه، وقد مثل له المالكية: في الدلالة على المال إذا كان العامل يعلم مكانه، فلا شيء له؛ لأن الدلالة على المال واجبة عليه؛ حيث علم مكانه، وربه لا يعلم.

قال القرافي: «ويمنع - أي الجعل - في الدلالة على المال؛ لأنها واجبة شرعًا»[١].

ومثل له الشافعية برد الغاصب والسارق العين المغصوبة والمسروقة لصاحبها بعد أن سمع إعلان المالك الجعل على الرد، فإن الغاصب والسارق لا يستحق شيئًا؛ لأن ما تعين عليه شرعًا لا يقابل بعوض[٢].

وخرج بقولهم: ما تعين على العامل: الواجب على الكفاية، فإنه لم يتعين على العامل بعينه، فمن حبس ظلمًا، فبذل مالًا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه، أو بغيره، فإنه جائز[٣].

كما أجاز الشافعية أخذ الجعل على رد دابة دخلت داره لصاحبها بعد أن جاعل عليها، وعللوا ذلك بأن الواجب عليه التخلية بينها وبين صاحبها، وأما ردها فلا يجب عليه[٤].



(١) الذخيرة (٦/ ٨).
(٢) حاشية الجمل (٣/ ٦٢٣)، المنثور في القواعد (٣/ ٢٩)، تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٠).
(٣) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب (٣/ ٦٢٣)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٠)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٠)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢).
(٤) حاشية الجمل (٣/ ٦٢٣)، حواشي الشرواني (٦/ ٣٧٠).

الشرط الثاني
في اشتراط المنفعة للجاعل

[م-٩٨٤] اختلف الفقهاء، هل من شروط صحة الجعالة أن يكون العمل فيه منفعة للجاعل على قولين:

القول الأول:

لا يشترط، فلو جعل له دينارًا على أن يصعد جبلًا مثلًا، استحقه بذلك. وهو قول في مذهب المالكية.

قال ابن رشد: «وقد اختلف هل من شروط صحته أن يكون للجاعل فيه منفعة أم لا؟ على قولين»(١).

القول الثاني:

يشترط أن يكون العمل فيه منفعة للجاعل، وهذا مذهب الجمهور، وهو المشهور في مذهب مالك.

قال خليل في مختصره: «وفي شرط منفعة الجاعل قولان»(٢).

قال الخرشي في شرحه «يعني: هل من شرط صحة الجعل أن يكون للجاعل فيه منفعة، أو لا يشترط ذلك؟ فيه خلاف، وينبني على ذلك، لو جاعل شخص شخصًا على أن يصعد لهذا الجبل، وينزل منه، من غير أن يكون للجاعل منفعة بإتيان حاجة منه، هل يصح أم لا؟»(٣).

---

(١) المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٨).

(٢) مختصر خليل (ص٢٥٠).

(٣) الخرشي (٧/ ٦٣)، وانظر منح الجليل (٨/ ٦٦).

وبهذا الشرط قال الشافعية والحنابلة، وإن اختلفت ألفاظهم، فالشافعية يشترطون في العمل أن يكون متقومًا، أي له قيمة ليحسن بذل المال في مقابلته، فخرج بذلك الأعمال التي لا قيمة لها إما لتحريمها، أو لخستها، أو لقلتها، فلا يصح بذل المال في تحصيلها.

كما أن الشافعية والحنابلة اشترطوا حصول المنفعة للجاعل، فقال الشافعية في عقد الإجارة: لا يصح استئجار دابة ليركبها المؤجر، فإن العوضين يجتمعان له.

وقالت الشافعية والحنابلة: لا يجوز الاستئجار على العبادات التي لا تجري فيها النيابة، كالصلاة، والصيام، فإنها تحصل للعامل وحده، بخلاف الحج، وغسل الميت، وحفر القبور، ودفن الموتى، وحمل الجنائز، فإن الاستئجار على جميع ذلك جائز؛ لدخوله النيابة(١).

وما نص على اشتراطه في الإجارة فهو شرط في عمل الجعالة؛ كما حررنا سابقًا.

☐ وجه اشتراط المنفعة في عقد الجعالة:

أن العمل إذا لم يكن فيه منفعة للجاعل كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل.

☐ الراجح:

الذي أراه أن عقود المبادلات كلها يشترط أن يكون فيها منفعة لمن يعقدها، ومنها عقد الجعالة، إلا أن يكون الجاعل أراد من عقد الجعالة أن يتوصل إلى

---

(١) الوسيط (٤/ ١٥٧ - ١٦٦)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٥ - ٣٤٠).

منفعة المجعول له فقط، كما لو قال له: إن حضرت حلقة فلان فلك كذا، أو قال له: إن ذهبت إلى السوق مبكرًا لطلب الرزق فلك كذا، فهذا عقد صحيح، وإن لم يكن فيه منفعة للجاعل؛ لأن غرضه من العقد صحيح، وقد صحح الفقهاء أن يقول الأجنبي: من رد دابة فلان له كذا، ويكون العوض واجبًا على المنادي، وإن لم ينتفع بذلك، فيكفي في المنفعة أن تكون لأحد المتعاقدين، ويستأنس بقصة شراء النبي ﷺ لجمل جابر رضي الله عنه في الصحيح، فإن العقد كان على صورة البيع، وكان المصطفى ﷺ أراد نفع جابر، فدفع إليه الجمل والثمن، أما إذا كان العمل خلوًا من المنفعة فلا يجوز بذل العوض عليه، وقد سبق الكلام على هذه الصورة، والله أعلم.



الشرط الثالث
في اشتراط القدرة على التسليم

[م-٩٨٥] اشترط المالكية والشافعية والحنابلة القدرة على تسليم العمل، فلا يصح الجعل لأعمى على حفظ المال، ولا لأخرس على التعليم، ولا لمغصوب لغير من هو بيده[١].

جاء في البهجة شرح التحفة: «أركان الجعل ثلاثة: عاقد، وشرطه: أهلية البيع، والعمل، وهو كعمل الإجارة من كونه منفعة تتقوم، قدِر على تسليمها»[٢].

وأرى أن هذا قد يكون شرطًا في العامل المعين، وأما في العامل غير المعين فقد يلتزم الأعمى بالعمل، ويكون على الأعمى أن يبحث عن مبصر من جهته يقوم بالعمل، وهكذا والله أعلم.

(١) الوسيط (٤/ ١٥٧ - ١٦٦)، مغني المحتاج (٢/ ٣٣٥ - ٣٤٠).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٣١١).



الشرط الرابع
في اشتراط أن يكون في العمل تعب وكلفة

قال الشافعية: **ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض**(١).

[م-٩٨٦] اختلف الفقهاء في اشترط أن يكون في الحصول على الضال تعب وكلفة على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكية إلى أن هذا ليس بشرط، فمن قال: من رد عبدي فله دينار، فمن أحضره استحقه، تكلف طلبه أو لم يتكلفه(٢).

القول الثاني:

يشترط في العمل أن يكون فيه كلفة، وعللوا ذلك: بأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض(٣).

❑ الراجح من الخلاف:

أرى أن مذهب المالكية هو الراجح، ولا دليل على اشتراط الكلفة والتعب، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٣١).
(٢) جامع الأمهات (ص٤٤٢).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٣١).



الشرط الخامس
في اشتراط توقيت العمل

[م-٩٨٧] اختلف العلماء في صحة توقيت العمل في عقد الجعالة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يجوز مطلقًا، وهو مذهب الشافعية[(١)].

❑ وجه القول بالمنع:

أن عقد الجعالة فيه غرر، فإذا قدر العمل بالزمن زاد الغرر فيه؛ لاحتمال انقضاء الزمن قبل تمام العمل، فيذهب جهد العامل باطلًا.

القول الثاني:

يجوز مطلقًا، وهو مذهب الحنابلة[(٢)].

❑ وجه القول بالجواز:

لأن عقد الجعالة إذا صح مع جهالة المدة فمع العلم أولى.

فإن قيل: لم منعتم الجمع بين تقدير المدة والعمل في عقد الإجارة، وأجزتم الجمع في عقد الجعالة؟

---

(١) مغني المحتاج (١/ ٤٢٩)، تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٠)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧١)، حاشية الجمل (٣/ ٦٢٤).

(٢) المغني (٦/ ٢١)، الإقناع (٢/ ٣٩٥)، المبدع (٥/ ٢٦٩)، الإنصاف (٦/ ٣٨٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٣)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٠).

قيل: الفرق بينهما من وجوه:

أحدها: أن الجعالة يحتمل فيها الغرر، وتجوز جهالة العمل، والمدة، بخلاف الإجارة.

الثاني: أن الجعالة عقد جائز، فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر، بخلاف الإجارة، فإنها عقد لازم، فإذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك.

الثالث: أن الإجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها، ولا يلزمه العمل بعدها، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل، فربما عمله قبل المدة، فإن قلنا: يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه، وإن قلنا: لا يلزمه العمل فقد خلا بعض المدة من العمل... بخلاف مسألتنا، فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة إن أتى به فيها استحق الجعل، ولا يلزمه شيء آخر، وإن لم يف به فيها فلا شيء له[1].

وقد بحثت هذه المسألة في عقد الإجارة، ورجحت جواز الجمع بين تقدير المدة والعمل في عقد الإجارة، والله أعلم.

القول الثالث:

لا يجوز توقيت العمل إلا في مسألتين:

المسألة الأولى:

إذا اشترط العامل أن يترك العمل متى شاء، ويكون له من العوض بحسب ما عمل؛ لأن العامل إذا دخل في العقد ابتداء على أنه مخير، فغرره حينئذ خفيف.

---

(١) انظر المغني (٦/ ٢١).

المسألة الثانية:

إذا جعل للعامل العوض مطلقًا بمضي الزمن المتفق عليه، سواء أتم العمل أم لا ، فالتوقيت جائز، إلا أن العقد في هذه الحالة خرج من الجعالة إلى الإجارة. وهذا مذهب المالكية(١).

❑ الراجح:

أرى أن القول الراجح صحة عقد الجعالة المقدر بمدة معينة؛ لأن الأصل في الشروط الصحة والجواز، والله أعلم.



(١) الشرح الكبير (٤/ ٦٢، ٦٣)، الخرشي (٧/ ٦٢)، منح الجليل (٨/ ٦٣)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٤)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٥).



الفصل الرابع
في شروط الجعل (العوض)

الشرط الأول: العلم بالجعل

[م-٩٨٨] يشترط في الجعل أن يكون معلومًا، وهذا الشرط متفق عليه عند من قال بمشروعية الجعالة، كالمالكية، والشافعية، والحنابلة.

- واشتراط العلم بالجعل هذا من حيث الجملة فقد استثنى كل مذهب بعض المسائل مما يكون العوض فيه مجهولًا حال العقد، وإن كان الجهل في تلك المسائل يؤول إلى العلم، أو بعبارة أخرى لا يمنع التسليم.

ففي مذهب المالكية:

قال ابن رشد في مقدماته: «ومن شروط الجعل أن يكون الجعل معلومًا»[١].

وقال ابن جزي: «يجوز الجعل بثلاثة شروط:

أحدها: أن تكون الأجرة معلومة»[٢].

وقال في التاج والإكليل: «شرط الجعل أن يكون معلومًا مقدرًا كالإجارة، ومن المدونة: ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمنًا لإجارة أو جعل»[٣].

والمجهول لا يجوز بيعه بالاتفاق.

---

(١) المقدمات الممهدات (٢/ ١٧٧).

(٢) القوانين الفقهية (ص١٨٢).

(٣) التاج والإكليل (٥/ ٤٥٢)، وانظر منح الجليل (٨/ ٥٩).

واستثنى المالكية مسائل لا يجوز بيعها، ويجوز الجعل عليها، منها:

المسألة الأولى:

أن يجاعل غيره على أن يغرس له أصولًا حتى تبلغ حد كذا، ثم هي والأصل بينهما. فإن نصف هذا لا يجوز بيعه، والمجاعلة عليه جائزة.

المسألة الثانية:

أن يجاعله على حصاد زرعه، أو على جداد نخله، كأن يقول له: احصد من زرعي ما شئت، أو جد من نخلي ما شئت، وما حصدت من زرعي فلك نصفه، فهذا جائز عند المالكية بالاتفاق، وبيعه لا يجوز.

واختلف قول المالكية في مسألتين:

أحدهما: المجاعلة على لقط الزيتون بالجزء منه، والأظهر المنع؛ لأن أوله أهون من آخره.

الثانية: المجاعلة على اقتضاء الدين بجزء منه، فقد منع ذلك أشهب، والأظهر الجواز؛ إذ لا فرق بين أوله وآخره في العناء.

هذا ملخص مذهب المالكية في اشتراط كون العوض معلومًا[١].

وأما النقل عن مذهب الشافعية:

فقال النووي في منهاج الطالبين: «ويشترط كون الجعل معلومًا، فلو قال: من رده فله ثوب، أو أرضيه، فسد العقد»[٢].

وقال الغزالي: «الركن الرابع: الجعل، وشرطه أن يكون مالًا معلومًا، فلو

---

(١) منح الجليل (٨/ ٦٠)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٢)، وانظر المدونة (٤/ ٤٥٩).

(٢) منهاج الطالبين (ص٨٤)، وانظر مغني المحتاج (٢/ ٤٣١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢).

شرط مجهولًا فسد العقد، واستحق العامل أجرة المثل، كما في المضاربة الفاسدة»[١].

وعللوا اشتراط كونه معلومًا:

بأنه عوض كالأجرة والمهر؛ ولأنه عقد جوز للحاجة، ولا حاجة لجهالة العوض، بخلاف العمل، ولأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد؛ إذ لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معينًا، وبالوصف إن كان في الذمة، فلو قال: من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه، فإن كانت معلومة، أو وصفها بما يفيد العلم استحق المشروط وإلا فأجرة المثل.

واستشكل بعض الشافعية اعتبار الوصف في المعين مع أن مذهب الشافعية قد تقرر في البيع والإجارة وغيرهما أن الشيء المعين لا يغني وصفه عن رؤيته.

وأجيب:

بأن عقود البيع والإجارة عقود لازمة، بخلاف الجعالة، فاحتيط لها ما لم يحتط للجعالة[٢].

واستثنى الشافعية من اشتراط المعلومية في الجعل مسائل:

أحدها: إذا جعل الإمام أو نائبه لمن دله على فتح قلعة للكفار جعلًا منها كفرس ونحوه، فإن ذلك جائز مع جهالة العوض للحاجة.

الثانية: إذا قال له: حج عني وعلي نفقتك. فإن هذا جائز، جزم به الرافعي، والنووي، وغيرهما.

---

(١) الوسيط (٤/ ٢١٢).

(٢) انظر مغني المحتاج (٢/ ٤٣١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢).

وأجيب:

بأن هذه لا تستثنى؛ لأن هذا إرفاق لا جعالة، وإنما يكون جعالة إذا جعله عوضًا، فقال: حج عني بنفقتك. وقد صرح الماوردي بأن هذه جعالة فاسدة، ونص عليها في الأم[١].

الثالثة: إذا قال: من رد عبدي فله نصفه، أو ربعه، قال النووي: «صححه المتولي، ومنعه أبو الفرج السرخسي»[٢].

وأما النقل عن مذهب الحنابلة:

فقد قال ابن قدامة: «ولا بد أن يكون العوض معلومًا»[٣].

ثم بين ابن قدامة لماذا اشترط في العوض العلم، ولم يشترط في العمل العلم، فقال: «والفرق بينه (العوض) وبين العمل من وجهين:

أحدهما: أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولًا، بألا يعلم موضع الضالة والآبق، ولا حاجة إلى جهالة العوض.

والثاني: أن العمل لا يصير لازمًا، فلم يجب كونه معلومًا، والعوض يصير لازمًا بإتمام العمل، فوجب كونه معلومًا»[٤].

واستثنى الحنابلة مسألتين:

المسألة الأولى:

إذا كان الجعل من مال الكفار، فتصح الجهالة بالعوض.

---

(١) انظر نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢، ٤٧٣).
(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠).
(٣) المغني (٦/ ٢٠).
(٤) المغني (٦/ ٢٠)، وانظر الفروع (٤/ ٤٥٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٣).

قال في الإقناع: «الجعالة، وهي جعل شيء معلوم كأجرة، لا من مال حربي فيصح مجهولًا»[١].

ومثل له الحنابلة كما لو قال الإمام: من دلنا على طريق سهل، أو دل على فتح قلعة للكفار فله ثلث مال فلان الحربي، فهذا يصح[٢].

المسألة الثانية:

إذا قال الجاعل: من رد عبدي فله نصفه، أو من رد ضالتي فله ثلثها.

فاختلف الحنابلة في صحة مثل هذا.

فقيل: لا يصح، وهو المشهور من مذهب الحنابلة، ولذلك ساقه ابن قدامة في المغني احتمالًا، قال: «ويحتمل أن تصح الجعالة مع الجهل بالعوض إذا كان الجهل لا يمنع التسليم»[٣].

وقيل: يصح، وهو وجه في المذهب، وخرجوها على ما نص عليه الإمام أحمد في الثوب ينسج بثلثه، والزرع يحصد، والنخل يصرم بجزء مشاع منه، وعلى قوله في الغزو: من جاء بعشرة رؤوس فله رأس.

واختلف القائلون بالصحة، هل العوض في هذه الصيغة مجهول، وصح لأن الجهالة لا تمنع التسليم؟

أو أن العوض في هذه الصيغة معلوم؛ لأن الجعل بجزء مشاع من الضالة لا يعتبر مجهولًا كالمزارعة، فإن العامل يزرع الأرض بجزء مما يخرج منها.

---

(١) الإقناع (٢/ ٣٩٤).
(٢) انظر كشاف القناع (٤/ ٢٠٣).
(٣) المغني (٦/ ٢٠).

وإذا كانت الجهالة في العوض تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجهًا واحدًا[١].

هذا كلام الفقهاء فيما يتعلق بالشرط الأول، وهو كون العوض معلومًا، والمسائل التي استثناها كل مذهب.

والراجح فيما أراه أن العلم بالعوض شرط، وكون العوض جزءًا مشاعًا من الضالة يجوز إذا علمت الضالة بالرؤية أو الوصف، أو كان العوض من مال حربي في زمن الجهاد، والله أعلم.



(١) انظر الإنصاف (٦/ ٣٩٠، ٣٩١).

الشرط الثاني والثالث
في اشتراط الطهارة والقدرة على التسليم

[م-٩٨٩] نص المالكية والشافعية والحنابلة على أنه يشترط في العوض طهارة عينه، والقدرة على تسليمه[١].

وقد اقتصر خليل على اشتراط كون العوض معلومًا، ولم يذكر بقية الشروط، فقال الدسوقي في حاشيته: «وإنما نص على علم العوض دون غيره من بقية الشروط، مثل كونه طاهرًا، منتفعًا به، مقدورًا على تسليمه؛ لدفع توهم عدم اشتراط علمه، وحصول الصحة بالعوض المجهول»[٢].

وقال الخرشي في شرحه: «لا يخفى أن الجعل كما يشترط فيه العلم، يشترط أن يكون طاهرًا منتفعًا به... مقدورًا على تسليمه»[٣].

وجاء في مغني المحتاج: «فلو كان مجهولًا - يعني العوض - كأن قال: من رده أي عبدي فله كذا... فسد العقد لجهالة الجعل، أو نجاسة عينه، أو عدم القدرة على تسليمه»[٤].

وقال ابن قدامة: «والجعالة تساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض، وما كان عوضًا في الإجارة جاز أن يكون عوضًا في الجعالة، وما لا فلا»[٥].

فأحال على شروط الأجرة في عقد الإجارة.

---

(١) أسنى المطالب (٢/ ٤٤١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣٢).
(٢) حاشية الدسوقي (٤/ ٦٠).
(٣) شرح الخرشي (٧/ ٦٠).
(٤) مغني المحتاج (٢/ ٤٣١)، وانظر نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢).
(٥) المغني (٦/ ٢٢).

واشتراط الطهارة عند الحنابلة في الثمن أو في المبيع غير مطرد، فهم يمنعون بيع أشياء، ويعللون ذلك بالنجاسة، ويجيزون بيع أشياء مع حكمهم لها بالنجاسة.

فالحنابلة يجوزون بيع الحمار والبغل وسباع البهائم والطير التي تقبل التعليم والقرد مع الحكم بنجاستها، وما جاز بيعه صح أن يكون ثمنًا في المبيع، وثمنًا في الأجرة. وما كان ثمنًا في الأجرة صح أن يكون عوضًا في الجعالة.

ويمنعون بيع السرجين النجس.

قال في المغني: «ولا يجوز بيع السرجين النجس، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز... ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة»[١].

ويعبر الحنابلة أحيانًا عن هذا باشتراط إباحة الانتفاع، ويقصدون به إخراج شيئين:

الأول: ما يحرم الانتفاع به لنجاسته، كالخمر والكلب والميتة والخنزير فلا يجوز أن يكون عندهم ثمنًا ولا أجرة ولا مبيعًا ولا عوضًا في الجعالة.

الثاني: ما يحرم الانتفاع به لحرمته، وإن كان طاهرًا كآلات اللهو، والأصنام.

وأما اشتراط القدرة على التسليم فهو شرط عندهم في الجعالة قياسًا على اشتراطه في الأجرة[٢]. والله أعلم.

وقد حررنا الخلاف في طهارة المبيع والثمن في عقد البيع، وما كان الراجح

---

(١) المرجع السابق(٤/ ١٧٤).

(٢) انظر المغني (٤/ ١٤٢)، المبدع (٤/ ٢٣)، كشاف القناع (٣/ ١٦٢).

هناك فهو الراجح هنا، فالمشترط في العوض أن يكون مالًا، وقد توصلت إلى أن المالية ليس من شرطها الطهارة، وإنما يشترط للمالية شرطان:

الأول: ألا ينهى الشرع عن الانتفاع به، فما نهى الشرع عن الانتفاع به فقد ماليته، كما ثبت النهي عن بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام والكلب.

الثانية: أن يجري تموله والانتفاع به بين الناس، وعلى هذا فالعطور التي بين أيدي الناس هي مال حتى على القول بنجاستها؛ لأن الشارع لم ينه عن الانتفاع بها، وقد جرى تمولها والانتفاع بها، فدخلت في حقيقة المال، والله أعلم.





الشرط الرابع
في نقد الجعل

[م-٩٩٠] من شروط صحة الجعل عند المالكية ألا يشترط العاقد نقد الجعل مقدمًا، فإن شرط فسد العقد عندهم، ولو لم يحصل نقد بالفعل؛ لتردد الأجرة المدفوعة بين السلفية إن لم يتم العمل، وبين الثمنية إن قام بالعمل وأتمه، فإذا حصل النقد تطوعًا بدون شرط جاز؛ لأنه معروف، وإحسان[(١)].

قال الخرشي: «من شروط صحة الجعل ألا يشترط النقد فيه، فإن شرط النقد فسد العقد، سواء حصل النقد بالفعل، أم لا؛ لدوران الجعل بين الثمنية إن وجد الآبق وأوصله إلى ربه، والسلفية إن لم يوصله إلى ربه، بأن لم يجده أصلًا، أو وجده وهرب منه في الطريق، وأما النقد تطوعًا فجائز»[(٢)].

❑ **والراجح:**

أن ذلك ليس بشرط، لأن الاشتراط لا يثبت إلا بدليل، ولا دليل على هذا، والله أعلم.

---

(١) منح الجليل (٨/ ٦٣)، الشرح الكبير (٤/ ٦٣)، الخرشي (٧/ ٦٢).

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ٦٢).



فرع
في مقدار الجعل في رد الآبق

عرفنا في بحث سابق أن الفقهاء لهم ثلاثة أقوال في استحقاق العامل الجعل إذا رد العبد الآبق دون أن يأذن له المالك:

فقيل: لا يستحق العامل شيئًا مطلقًا، لا في الضال ولا في الآبق.

وقيل: لا يستحق شيئًا في الضال، ويستحق في رد الآبق مطلقًا، سواء أكان معروفًا برد الإباق أم لا.

وقيل بالتفصيل: إن كان منتصبًا للعمل استحق جعل مثله، في الضال والإباق، وإن لم يكن منتصبًا للعمل استحق النفقة فقط، وهذا كله سبق بحثه.

[م-٩٩١] والقائلون في استحقاق العامل الجعل، ولو لم يأذن سيد الآبق، اختلفوا هل هو مقدر من الشرع، أو غير مقدر؟ وإذا كان مقدرًا، فهل يختلف التقدير بين رده من خارج المصر، أو رده من داخل المصر؟

وإليك بيان الأقوال:

القول الأول:

إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، فمقدار الجعل أربعون درهمًا، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، وإن رده من أقصى المصر رضخ له قدر عنائه. وهذا مذهب الحنفية[1].

---

(١) الهداية شرح البداية (٢/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٩)، البحر الرائق (٥/ ١٧٢)، المبسوط للسرخسي (١١/ ١٧)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٥)، الفتاوى الهندية (٢/ ٢٩٦).

القول الثاني:

مقدار الجعل دينار أو اثنا عشر درهمًا، سواء كانت المسافة قريبة أو بعيدة، وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة[١].

وفي رواية عن الإمام أحمد: إن رده من خارج المصر فله أربعون درهما، قربت المسافة أو بعدت، وإن رده من المصر فله دينار[٢].

القول الثالث:

وذهب المالكية إلى أن الجعل غير مقدر، فمن كان معروفًا برد الضوال فله جعل مثله، وإن لم يكن معروفًا بذلك فليس له إلا نفقته، وهذا مذهب المالكية[٣].

القول الرابع:

ذهب الشافعية إلى أنه لا يستحق العامل شيئًا إلا بالشرط، وتقدم.

وقد ذكرنا أدلتهم في مسألة سابقة، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، والحمد لله.

❀ ❀ ❀

(١) رؤوس المسائل للعكبري (٣/ ١٠٩٢)، الروايتين والوجهين (٢/ ١١، ١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٦)، الإنصاف (٦/ ٣٩٢، ٣٩٤)، المغني (٦/ ٢٣).

(٢) الإنصاف (٦/ ٣٩٤)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٣٥)، المحرر (١/ ٣٧٢).

(٣) الذخيرة (٦/ ٦)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٤)، الإشراف (٢/ ٦٨١)، الشرح الكبير (٤/ ٦٤، ٦٥).

الباب الثاني
في أحكام الجعالة

الفصل الأول
حكم عقد الجعالة من حيث اللزوم وعدمه

سبق لنا في مقدمة عقد البيع أن ذكرنا أقسام العقود من حيث اللزوم وعدمه، وبينا أنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

عقد لازم من الطرفين: كالبيع والسلم والإجارة.

وعقد جائز من الطرفين، كالوكالة والعارية.

وعقد لازم من طرف وجائز من طرف آخر، كالرهن والضمان.

وإذا أردنا أن نعرف عقد الجعالة من أي الأقسام الثلاثة، نقول:

نستطيع أن نقسم عقد الجعالة إلى ثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى: قبل الشروع في العمل.

[م-٩٩٢] اختلف العلماء في عقد الجعالة قبل الشروع في العمل:

القول الأول:

الجعالة عقد لازم، ولو قبل الشروع في العمل قياسًا على الإجارة. وهذا قول مرجوح في مذهب المالكية[١].

---

(١) منح الجليل (٨/ ٦٩).

ويناقش:

بأن هناك فرقًا بين الإجارة والجعالة: فالإجارة تقدر فيها المدة، ويعين فيها المستأجر، بخلاف الجعالة.

القول الثاني:

تلزم الجعالة بالقول من الجاعل دون المجعول له، وهو قول في مذهب المالكية[(١)].

جاء في عقد الجواهر الثمينة: «أما أحكام الجعالة فخمسة:

الأول: الجواز من الجانبين ما لم يشرع في العمل كالقراض... وحكى أبو الحسن اللخمي قولين آخرين:

أحدهما: أنها تلزم بالقول من الجاعل خاصة دون المجعول له.

الثاني: أنها كالإجارة، تنعقد لازمة بالقول لهما جميعًا»[(٢)].

❏ وجه كونها لازمة من الجاعل دون المجعول له:

أن الجاعل لما صدر منه الإيجاب بالجعل قد التزم به، فصار لازمًا في حقه، وأما المجعول له فلا يمكن أن يكون لازمًا في حقه؛ لأنه قد لا يجد الضال والمفقود، فناسب أن يكون العقد جائزًا في حقه.

القول الثالث:

الجعالة عقد جائز من الطرفين قبل الشروع في العمل، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، والقول الراجح عند المالكية[(٣)].

---

(١) حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ٦٥).

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ / ٩٤٥).

(٣) شرح الخرشي (٧/ ٦٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٨٢)، التاج =

قال الخرشي: «الجاعل والمجعول له يجوز لكل منهما أن يحل عن نفسه قبل الشروع في العمل... لأن عقد الجعالة جائز غير لازم على المشهور»[١].

فقوله على المشهور إشارة إلى خلاف في المذهب، سبق ذكره.

وقال العدوي: «وأما الجعل قبل الشروع فلا يلزم واحدًا منهما»[٢].

❑ وجه القول بالجواز:

قال الماوردي: «ما صح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه، كان من العقود الجائزة دون اللازمة، كالجعالة... لأنه لا يثق بالغلبة في السبق والرمي، كما لا يثق بوجود الضالة في الجعالة»[٣].

فإذا فسخ العامل قبل الشروع في العمل لم يستحق شيئًا؛ لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل، وقد تركه فسقط حقه، وإن فسخ رب المال قبل الشروع في العمل لم يلزمه شيء أيضًا؛ لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل، فلم يلزمه شيء، كما لو فسخ العامل المضاربة قبل العمل.

قال القرافي: «العقود قسمان: منها ما يسلتزم مصالحها التي شرعت لأجلها، فشرعت على اللزوم، كالبيع والهبة والصدقة وعقود الولايات، فإن التصرف المقصود بالعقد يمكن عقيب العقد، وهذا القسم هو الأصل.

ومنها: ما لا يستلزم مصلحته كالجعالة، فإن رد الآبق قد يتعذر، فشرعت

= والإكليل (٥/ ٤٥٥)، منح الجليل (٨/ ٦٩)، شرح ميارة (٢/ ١٠٦)، البيان للعمراني (٧/ ٤٠٧)، الحاوي الكبير (٨/ ٣١)، المهذب (١/ ٤١٢).

(١) شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ٦٥).

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٣).

(٣) الحاوي الكبير (١٥/ ١٨٤).

على الجواز، ولكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد على نفسه؛ لئلا يلزم ما لا يتعين مصلحته»[١].

ولا يناسب عقد الجعالة اللزوم مع جهالة العمل والعامل.

وهذا هو القول الراجح، والله أعلم.

تنبيه: إنما يتصور الفسخ ابتداء من العامل المعين، وأما غيره فلا يتصور الفسخ منه إلا بعد الشروع في العمل[٢].

الحال الثانية: عقد الجعالة بعد الفراغ من العمل.

[م-٩٩٣] عقد الجعالة بعد إتمام العمل، والفراغ منه يصبح العقد لازمًا؛ لأن الجعل قد استقر في ذمة الجاعل[٣].

الحال الثالثة: عقد الجعالة بعد الشروع في العمل، وقبل إتمامه:

[م-٩٩٤] اختلف العلماء في حكم عقد الجعالة بعد الشروع في العمل، وقبل إتمامه على قولين:

القول الأول:

العقد جائز من الطرفين، فإن فسخ الجاعل كان للعامل أجرة مثله لما عمل؛ لأنه استهلك منفعته بشرط العوض، فلزمته أجرته كما لو فسخ المضاربة.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[٤].

قال النووي: «في أحكام الجعالة، فمنها: الجواز، فلكل واحد من المالك

(١) الذخيرة (٦/ ١٨).
(٢) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٣).
(٣) المرجع السابق.
(٤) المهذب (١/ ٤١٢)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٦).

والعامل فسخها قبل تمام العمل. . . ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل، فلا شيء للعامل، وإن كان بعده، فإن فسخ العامل فلا شيء له؛ لأنه امتنع باختياره، ولم يحصل غرض المالك، وإن فسخ المالك، فوجهان:

أحدهما: لا شيء للعامل، كما لو فسخه بنفسه.

والصحيح أنه يستحق أجرة المثل لما عمل، وبهذا قطع الجمهور، وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل»[(١)].

القول الثاني:

العقد لازم في حق الجاعل، جائز في حق العامل، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية[(٢)].

❑ وجه القول باللزوم:

ذهب المالكية إلى القول باللزوم بعد شروع العامل في العمل حتى لا يبطل الجاعل على العامل عمله بعد أن شرع فيه؛ ولأن فسخ الجعالة بعد تلبس العامل بالعمل فيه إضرار بالعامل، والعقد الجائز إذا تضمن فسخه ضررًا على أحد العاقدين أصبح لازمًا.

قال الصاوي: «وظاهره اللزوم للجاعل بالشروع، ولو فيما لا بال له»[(٣)].

❑ الراجح:

أن العقد جائز مطلقًا، فإن فسخ الجاعل كان للعامل حصته من المسمى إن

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣).

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٦٥)، الشرح الصغير (٤/ ٨٢)، الخرشي (٧/ ٦٥)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٥)، حاشية الدسوقي (٤/ ٦٥)، منح الجليل (٨/ ٦٩).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٨٢).

كان الجاعل يستفيد مما أنجزه العامل من العمل، كما لو كان الجعل على عمل فأنجز بعضه، وهذا ما اختاره شيخ شيخنا عبد الرحمن السعدي رحمه الله[(١)].

وإن كان الجاعل لا يستفيد كما لو كانت الجعالة بحثًا عن ضال أو مفقود كان له أجرة المثل، وبهذا يحفظ حق العامل إذا كان الفسخ من قبل الجاعل، ولا يتعين الضرر في الفسخ أن يكون على العامل، بل يكون في فسخ العامل ضرر على الجاعل أيضًا؛ فإن الإعلان للجمهور عن عقد الجعالة يتطلب اليوم نفقات باهظة، فإذا أخذ عامل معين العقد ربما انصرف بقية الناس عن الجاعل لاكتفائه، فإذا فسخ العامل تطلب ذلك نفقات أخرى لإعلان جديد، والله أعلم.



(١) المختارات الجلية (ص٩٥).

الفصل الثاني
العامل في الجعالة أمين

[م-٩٩٥] اتفق العلماء القائلون بالجعالة على أن يد العامل في الجعالة يد أمانة، لا يضمن ما تلف في يده إلا بالتعدي أو التفريط قياسًا على المضاربة[١].

وكذلك قال الحنفية في العبد الآبق لو تلف في يد الراد، فإنه لا يضمن بشرط أن يشهد على أخذه؛ لأنهم لا يرون الجعالة في غيره.

قال الزيلعي: «وإن أبق من الراد لا يضمن؛ لأنه أمانة في يده إذا أشهد وقت الأخذ... ولا جعل له؛ لأنه لم يرده على مولاه»[٢].

وجاء في حاشية قليوبي: «ووضع العامل يده على العبد جائز، وهو أمانة؛ لرضا مالكه به إن كان بإذنه، ولا يضمنه ما لم يقصر، كتركه بمضيعة»[٣].

وجاء في كشاف القناع: «ومن أخذ الآبق، أو أخذ غيره من المال الضائع ليرده لربه، فهو أمانة في يده إن تلف قبل التمكن من رده من غير تفريط، ولا تعد، فلا ضمان عليه؛ لأنه محسن بأخذه»[٤].

---

(١) الذخيرة (٩/ ١٤)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٥)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣٥)، المغني (٦/ ٢٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٦).

(٢) تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٩)، العناية شرح الهداية (٦/ ١٣٨).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣٥).

(٤) كشاف القناع (٤/ ٢٠٧)، وانظر المغني (٦/ ٢٤)، الإقناع (٢/ ٣٩٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٦).

❑ وجه كونه أمانة في يده:

أن العامل قد وضع يده على الضال والآبق بإذن صاحبه، وما ترتب على المأذون فليس بمضمون.

قال ابن قدامة: «لا نعلم فيه مخالفًا»(١).

وقياسًا على المضاربة، فإن المال في يد المضارب أمانة بالاتفاق، مع أنه قبض المال لمصلحة كل من المالك والعامل.

قال ابن عبد البر: «ولا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه، ولا استهلاك له ولا تضييع، هذه سبيل الأمانة وسبيل الأمناء»(٢).

وقال ابن قدامة: «والعامل أمين في مال المضاربة؛ لأنه متصرف في مال غيره بإذنه، فكان أمينًا كالوكيل»(٣).



(١) المغني (٦/ ٢٤).
(٢) الاستذكار (٢١/ ١٢٤).
(٣) المغني (٥/ ٤٤)، وانظر الإنصاف (٥/ ٤٥٥)، كشاف القناع (٣/ ٥٢٢).

الفصل الثالث
الزيادة والنقصان
في الجعل قبل فراغ العمل

[م-٩٩٦] إذا زاد الجاعل في العمل، أو نقص من الجعل أو غير جنس الجعل:

فإن كان ذلك بعد الفراغ من العمل فلا أثر لهذا التصرف، ولا يترتب عليه شيء؛ لأن الجعل قد لزم الجاعل، واستقر عليه بتمام العمل.

وإن كان ذلك قبل الشروع في العمل؛ ففيه خلاف يرجع إلى الخلاف في عقد الجعالة قبل الشروع في العمل، هل هي عقد لازم أو جائز؟

وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول:

تجوز الزيادة، والنقص قبل الشروع في العمل، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة، والمعتمد في مذهب المالكية.

وجهه: أن عقد الجعالة عقد جائز قبل الشروع في العمل.

وقد سبق أن ذكرنا أدلتهم عند الكلام على حكم عقد الجعالة.

قال ابن مفلح: «فإن زاد أو نقص في الجعل قبل الشروع في العمل جاز؛ لأنه عقد جائز، فجاز فيه ذلك كالمضاربة»[١].

فإن عمل العامل بعد الزيادة، أو النقص، فإن كان العامل معينًا، وكان جاهلًا

(١) المبدع (٥/ ٢٦٩).

بالتغيير، فله أجرة المثل؛ لأن التغيير فسخ للمسمى الأول، ومحله: أن يعلم العامل المعين بالتغيير، فلما لم يعلم به أعطي أجرة مثله.

وإن كان العامل غير معين، فشرطُ فسخ الأول أن يعلن الجاعل بالتغيير، فإن لم يعلن، وشرع العامل بالعمل استحق أجرة مثله.

وإن كان العامل عالمًا بالتغيير، سواء كان معينًا، أو غير معين، فله المسمى الثاني فقط[١].

القول الثاني:

لا يجوز للجاعل الزيادة في العمل، ولا النقص من الجعل، ولا تغيير جنس الجعل، ولو كان ذلك قبل الشروع في العمل. وهذا القول يمكن تخريجه على قولين حكاهما بعض المالكية خلافًا للمعتمد عندهم:

أحدهما: أن الجعالة تلزم بالقول من الجاعل خاصة دون المجعول له.

والثاني: أنها كالإجارة، تنعقد لازمة بالقول لهما جميعًا[٢].

فعلى هذين القولين لا يمكن للجاعل الزيادة، أو النقص إلا برضا المجعول له، والله أعلم.

☐ والراجح:

قول الجمهور، وهو أن الجعالة عقد جائز قبل الشروع في العمل، وسبق تحرير هذه المسألة، فأغنى ذلك عن إعادة الأدلة. والله أعلم.

---

(١) نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٧)، تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٧)، حاشية الجمل (٣/ ٦٢٦)، حاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ٢٤٢).

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ / ٩٤٥).

[م-٩٩٧] وإن زاد أو نقص بعد الشروع في العمل وقبل الفراغ منه فقد اختلف العلماء فيه على قولين:

القول الأول:

ليس له الزيادة والنقص بعد الشروع في العمل، وهذا مذهب المالكية.

القول الثاني:

له أن يزيد أو ينقص، ولو كان ذلك بعد الشروع في العمل ما دام أن ذلك قبل إتمام العمل بناء على أن عقد الجعالة عقد جائز، وهذا قول الجمهور.

قال القرافي المالكي: «تجوز الزيادة، والنقصان في الجعل قبل الفراغ من العمل»(١).

وهذا القول من القرافي فيه ملحظان:

أحدهما: أن عقد الجعالة في مذهب المالكية عقد لازم بالنسبة للجاعل بعد الشروع في العمل، وإذا كان العقد لازمًا في حقه لم يكن له الحق في تعديل العقد بعد لزومه؛ لأن تعديل العقد رجوع عن العقد الأول، وهو لا يملكه بإرادة منفردة، بناء على المشهور من المذهب.

الملحظ الثاني: أن الكلام ليس على جواز الزيادة والنقص، وإنما الكلام على ما يترتب عليها في حال لم يرض المجعول له، وهذا لم يتعرض له القرافي، والله أعلم.

وقد فصل الشافعية الكلام في هذه المسألة، فقالوا:

إذا زاد الجاعل في العمل، كما لو زاد في البناء أو الحفر أو الهدم، فإن لم

---

(١) المبدع (٥/ ٢٦٩)، وانظر مطالب أولي النهى (٤/ ٢١١).

يرض العامل بالزيادة ففسخ لذلك، فله أجرة المثل، وإن كان الفسخ يعتبر من العامل؛ لأن الجاعل هو الذي ألجأه إلى ذلك.

وكذلك يجب للعامل أجرة المثل إذا نقص الجاعل من الجعل قبل الفراغ من العمل، ولم يرض العامل، إلا أن الفسخ هنا يعتبر من المالك، لا من العامل بخلاف مسألة الزيادة في العمل، فالفسخ من العامل[١].

والقول بجواز الزيادة مبني على مسألة أخرى تقدمت: وهو أن عقد الجعالة عقد جائز، يجوز لكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل الفراغ من العمل؛ فإن فسخه العامل فلا شيء له، وإن فسخه المالك وجب للعامل أجرة المثل، والله أعلم.

وبقول الشافعية قالت الحنابلة[٢].

❑ الراجح:

أن عقد الجعالة عقد جائز قبل فراغ العامل من العمل، وإذا كان ذلك كذلك فإن العقد يعطي صاحبه حق التعديل قبل الفراغ؛ إلا أن العامل إذا لم يرض استحق أجرة مثله، لأنه في حال فسخ العامل بسبب زيادة العمل، فإن الفسخ وإن كان من قبل العامل إلا أن الفسخ كان بسبب تصرف الجاعل، فاستحق أجرة المثل.

وإن كان الفسخ بسبب نقص الجعل، فإن الفسخ من المالك، والمالك إذا فسخ استحق العامل أجرة مثله، والله أعلم.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٤٣٣)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٧).

(٢) كشاف القناع (٤/ ٢٠٦)، المبدع (٥/ ٢٦٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣٣٣)، الروض المربع (٢/ ٤٣٥).

الفصل الرابع
ما يستحقه العامل إذا تلف الجعل

[م-٩٩٨] الجعل إما أن يكون معينًا، أو موصوفًا في الذمة.

فإن كان موصوفًا في الذمة، فلا يمكن تصور تلفه، لأن ما في الذمة لا يتعرض للتلف، ولا يتعين إلا بالقبض، وإذا قبضه العامل، فتلف كان فواته من ماله.

وإن كان الجعل معينًا، كما لو كان الجعل حيوانًا معينًا، أو سلعة معينة، فتلفت: فإن تلف قبل الشروع في العمل، وعلم العامل بتلفه، انفسخ عقد الجعالة.

وإن كان العامل لم يعلم بتلفه، وشرع في العمل، أو كان تلفه بعد الشروع في العمل، فاختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول:

يجب للعامل أجرة المثل.

وهذا مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة.

جاء في حاشية الرملي: «ولو تلف الجعل المعين بيد الملتزم، قبل الشروع، وعلم به العامل، فلا شيء له في الرد، وإن جهله أو تلف بعد الرد فله أجرة المثل»[1].

وجاء في الإنصاف: «قال في التبصرة: إذا عين عوضًا ملكه بفراغ العمل، فلو تلف فله أجرة المثل»[2].

---

(١) حاشية الرملي (٢/ ٤٤١).

(٢) الإنصاف (٦/ ٣٩٠).

القول الثاني:

إن كان الجعل مثليًا فللعامل مثله، وإلا فله قيمته، وهذا مذهب الحنابلة.

قال في الإنصاف: «فإن تلف الجعل كان له مثله، إن كان مثليًا، وإلا قيمته على الصحيح من المذهب»[1].

❑ وهذا هو الراجح:

لأن إتلاف الثمن لا يوجب فسخ العقد، وإن كان معينًا، والله أعلم.



(١) الإنصاف (٦/ ٣٩٠)، وانظر كشاف القناع (٤/ ٢٠٤).

الفصل الخامس
في حبس المتعاقد لاستيفاء الجعل

[م-٩٩٩] تكلمنا في عقد البيع عن حق البائع في حبس المبيع من أجل استلام الثمن الحال.

فهل يحق للمجعول له حبس الضال والآبق حتى استلام الجعل؟

اختلف أهل العلم على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن للعامل أن يحبس الآبق حتى يأخذ الجعل، كما يحبس البائع المبيع بثمنه(١).

ولا يقولون هذا في غير الآبق؛ لأنهم لا يرون عقد الجعالة مشروعًا في غيره، والله أعلم.

القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العامل ليس له الحق في حبس المعقود عليه من أجل الجعل(٢).

قال النووي: «إذا رد الآبق لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل؛ لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق»(٣).

---

(١) المبسوط (١١/ ٢٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٣)، العناية شرح الهداية (٦/ ١٣٨).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٤)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٤)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣)، حاشية الجمل (٣/ ٦٢٩)، الإقناع (٢/ ٣٩٤)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٣)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٨).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٤).

زاد في مغني المحتاج: «وكذا لا يحبسه لاستيفاء ما أنفقه عليه بإذن المالك»[١].

وقال في كشاف القناع: «وإذا رد العامل اللقطة أو العبد ونحوهما لم يكن له الحبس: أي حبس المردود على الجعل؛ فإن حبسه عليه، وتلف ضمنه»[٢].

❑ **الراجح:**

أرى أن مذهب الحنفية أقوى، وأن من حق العامل حبس المعقود عليه حتى يأخذ حقه، والله أعلم.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٤).

(٢) كشاف القناع (٤/ ٢٠٤).

الفصل السادس
في استحقاق الجعل قبل إتمام العمل

[م-١٠٠٠] الأصل أن العامل لا يستحق شيئًا من الجعل إلا بإتمام العمل، فإذا انقطع العمل قبل إتمامه فلا شيء له.

واستثنى المالكية ثلاث مسائل:

المسألة الأولى:

أن يستأجر أو يجاعل رب العمل عاملًا آخر على إتمام العمل، وينتفع الجاعل بما عمل العامل الأول، فللثاني جميع جعله الذي جاعله به، وللأول بقدر ما انتفع به الجاعل مما حط عنه من جعل الثاني.

المسألة الثانية:

إذا أتى العامل بالعبد الآبق، فاستحقه شخص، بأن ظهر أنه ملك للغير، أو استحق بحرية، كما لو أعتقه ربه، فإنه يستحق الجعل على الجاعل، ولو لم يقبضه ربه؛ لأنه ورطه في العمل، ولولا الاستحقاق لقبضه، واستولى عليه. ولا يرجع الجاعل بالجعل على المستحق عند ابن القاسم، وهو المشهور.

وموت الآبق قبل إيصاله يسقط جعله لعدم إتمام عمله.

المسألة الثالثة:

إذا طرأ على الشيء المجاعل عليه حادث يوجب نقصه، كأن يكون حيوانًا قطعت يده، أو فقئت عينه، أو تعرضت السيارة المفقودة لحادث أدى إلى نقصان قيمتها، بحيث صارت لا تساوي الجعل المسمى، أو جعل المثل، فللعامل

جعله كاملًا، ولا ينظر لهذا النقصان، وسواء حدث ذلك قبل أن يعثر عليه، أو بعد أن عثر عليه العامل، وقبل أن يسلمه للجاعل[(١)].

وأما مذهب الشافعية:

فقالوا: لا يستحق العامل شيئًا من الجعل إن لم يقع عمله مسلمًا للجاعل، أو كان ذلك في حضرة الجاعل، أو في ملكه، وظهر أثره على المحل.

فإذا تلف الثوب الذي خاط بعضه، أو انهدم الجدار الذي بنى بعضه، فإن كان ذلك قبل تسليمه إلى المالك لم يستحق شيئًا.

وإن كان ذلك بعد تسليمه إلى المالك، أو كان احتراق الثوب أو انهدام الجدار بحضرة المالك أو في ملكه استحق أجرة ما عمل: أي بقسطه من المسمى.

ولو قال له: إن علمت هذا الصبي القرآن، فلك كذا، فإن لم يتعلم الصبي لبلادته لم يستحق شيئًا.

وإن علمه بعضه، ثم مات الصبي استحق أجرة ما علمه لوقوعه مسلمًا بالتعليم، مع ظهور أثر العمل على المحل[(٢)].

ولم أقف على نص في مذهب الحنابلة، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

---

(١) منح الجليل (٨/ ٦١ - ٦٣)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٣)، شرح الخرشي (٧/ ٦١)، الشرح الكبير (٤/ ٦١).

(٢) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٣/ ٣٤٧)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣)، تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٥).

الفصل السابع
في اختلاف الجاعل والعامل

المبحث الأول
الاختلاف في أصل العقد

سبق في عقد البيع أن عقدت بابًا كاملًا ذكرت فيه أحوال اختلاف المتعاقدين، ومن المقدم قوله عند التنازع؟ وما ذكر هناك يمكن تنزيله على جميع عقود المعاوضات، لهذا سوف أكتفي بذكر مسألتين في هذا الباب، وهو الاختلاف في أصل العقد، والاختلاف في مقدار المشروط، وما لم يذكر يمكن الرجوع فيه إلى ذلك الباب، فإن فيه الكفاية إن شاء الله تعالى.

[م-١٠٠١] إذا اختلف الجاعل والعامل في أصل العقد، فقال العامل: شرطت لي جعلًا، وأنكر الجاعل، فاختلف العلماء في استحقاق الجعل إلى أقوال:

القول الأول: مذهب الحنفية:

لا يستحق الجعل في رد الضال، ويستحق في رد العبد الآبق[1].

وقولهم هذا مبني على أن الجعل مقدر من الشرع، وليس من الجاعل، فالعامل في رد الآبق يستحق مطلقًا، سواء كان ذلك بإذن من الجاعل، أو بغير إذنه، وسواء كان معروفًا بالرد، أو ليس معروفًا بالرد، وسبق أن ذكرنا أدلتهم في التفريق بين العبد وبين غيره في مسألة حكم الجعالة عند الفقهاء، فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

---

(١) الهداية شرح البداية (٢/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٠٩).

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن العامل إن كان منتصبًا للعمل استحق جعل مثله، في الضال، والآبق، وإن لم يكن منتصبًا للعمل استحق النفقة فقط، ولو كان الجاعل لم يأذن له[١].

القول الثالث:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العامل إن كان له بينة فيما ادعاه سمعت.

وإن لم يكن للعامل بينة فالقول قول الجاعل بيمينه؛ لأن العامل يدعي، والجاعل ينكر، والبينة على المدعي، واليمين على من أنكر.

ولأن الجاعل غارم، والقول قول الغارم.

ولأن الأصل براءة الجاعل، وعدم الاشتراط.

قال الغزالي: «لو تنازعا في أصل شرط الجعل، فأنكره المالك. . . فالقول في ذلك كله قول المالك، فإن العامل مدع فليثبت»[٢].

قال النووي في منهاج الطالبين: «ويصدق المالك إذا أنكر شرط الجعل، أو سعيه في رده»[٣].

وقال في نهاية المحتاج: «لأن الأصل عدم الرد والشرط، وبراءة ذمته»[٤].

---

(١) التاج والإكليل (٥/ ٤٥٤)، مواهب الجليل (٥/ ٤٥٥)، الذخيرة (٦/ ٦).

(٢) الوسيط (٤/ ٢١٣).

(٣) منهاج الطالبين (ص٨٥)، وانظر المهذب (١/ ٤١٢)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٤)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٩).

(٤) نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٩).

وجاء في الإنصاف: «وإن اختلفا في أصل الجعل، أو قدره، فالقول قول الجاعل»[١].

❑ الراجح:

إذا كنت رجحت في رد العبد الآبق أن الجعل مقدر من الشارع لقول ابن مسعود رضي الله عنه، وهو صحابي، ولا يعلم له مخالف، بل قد ورد مثل ذلك عن عمر وابن عمر وعلي وإن كان ذلك بأسانيد ضعيفة؛ إلا أنها شواهد قوية لأثر ابن مسعود رضي الله عنه، وقد قويت هذه الآثار بما جاء مرسلًا عن النبي ﷺ بسند رجاله ثقات.

وأما غير العبد فالأصل أن الإنسان لا يلزمه إلا ما التزمه، فإذا اختلف في أصل العقد فالقول قول من ينكره، وهو الجاعل، والله أعلم.



(١) الإنصاف (٦/ ٣٩٢).



المبحث الثاني
إذا اختلفا في قدر الجعل

[م-١٠٠٢] إذا اتفق العامل والجاعل على أصل الجعل، ولكنهم اختلفوا في مقداره أو في جنسه أو في صفته، فإن كان هذا الاختلاف قبل الشروع في العمل فسخ العقد، ولا شيء للعامل.

وإن كان ذلك بعد الشروع في العمل، أو بعد الفراغ منه، فاختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول:

يتحالفان، عند الشافعية مطلقًا، وعند المالكية يتحالفان بشرط إذا لم يشبها، ومن أشبه فالقول قوله، ويحلف كل منهما على نفي ما ينكره، وعلى إثبات ما يدعيه، ثم يفسخ العقد، ويرجع العامل على المالك بجعل المثل عند المالكية، وبأجرة المثل عند الشافعية، وبعض الحنابلة(١).

❑ والفرق بين جعل المثل، وبين أجرة المثل:

أن أجرة المثل يستحقها العامل سواء أتم العمل، أم لا، أما جعل المثل فلا يستحقه العامل إلا إذا أتم العمل، فإن لم يتمه فلا شيء له، والله أعلم.

---

(١) انظر في مذهب المالكية: الشرح الكبير (٤/ ٦٤)، شرح الخرشي (٧/ ٦٤)، منح الجليل (٨/ ٦٧)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٦)، الذخيرة (٦/ ٢٢)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٥).

وانظر في مذهب الشافعية: المهذب (١/ ٤١٢)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٤)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٥)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٩).

وانظر قول بعض الحنابلة في الإنصاف (٦/ ٣٩٢)، المغني (٦/ ٢٢).

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

لأن كلًا منهما منكر لما يدعيه صاحبه، وقد قال الرسول ﷺ كما في حديث ابن عباس المتفق عليه (**ولكن اليمين على المدعى عليه**)[١].

الوجه الثاني:

القياس على البيع، فإن البيعين إذا اختلفا في قدر الثمن تحالفا، ثم فسخ العقد، لما يروى عن النبي ﷺ: **إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة تحالفا، وترادا**[٢].

ويجاب:

بأن لفظ التحالف لا يوجد في شيء من كتب الحديث، نص على ذلك ابن حجر[٣]، وابن حزم[٤].

الوجه الثالث:

القياس على الاختلاف في الثمن، بجامع أن كلًا منها أحد عوضي العقد[٥].

فإذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، ولا بينة لهما، فإنهما يتحالفان، ثم يفسخان العقد، وقد ذكرنا ذلك في عقد البيع.

---

(١) البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١).

(٢) سبق تخريجه، انظر ح (٤٧٦).

(٣) قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٣٢): «وأما قوله فيه (تحالفا) فلم يقع عند أحد منهم، وإنما عندهم: والقول قول البائع أو يترادان».

(٤) وقال ابن حزم في المحلى (٧/ ٢٥٨) عن قوله (ويتحالفان): «وهذا لا يوجد أبدًا، لا في مرسل، ولا في مسند، ولا في قوي، ولا في ضعيف، إلا أن يوضع للوقت».

(٥) انظر: المغني ٦/ ٢٨٤ .

القول الثاني:

ذهب الحنابلة بأن القول قول الجاعل[١].

❑ وجه قول الحنابلة:

أن العامل يدعي زيادة في قدر الجعل، والجاعل ينكره، والقول قول المنكر بيمينه، كما في حديث ابن عباس المتفق عليه (**ولكن اليمين على المدعى عليه**)[٢].

وأجيب:

بأننا لا نسلم أن الجاعل هو المنكر وحده حتى يقال: إن القول قوله، بل العامل منكر أيضًا، حيث ينكر وقوع العقد على القدر الذي يدعيه الجاعل.

ورد:

بأن المدعي هو المطالِب، ولو ترك دعواه لبطلت الدعوى، هذا هو ما يحدد المدعي والمدعى عليه، فالمدعي هو العامل حيث يدعي قدرًا زائدًا في الجعل، والجاعل ينكره، ولأن الغارم هنا هو الجاعل، والقول قول الغارم.

❑ الترجيح:

بعد استعراض الأدلة أجد أن قول الحنابلة أقوى من حيث موافقته لحديث ابن عباس المتفق عليه، والله أعلم.



(١) الإنصاف (٦/ ٣٩٢)، الكافي في فقه الحنابلة (٢/ ٣٣٥)، المبدع (٥/ ٢٦٩).
(٢) البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١).



الفصل الثامن
في نفقة العامل على مال الجعالة

[م-١٠٠٣] اختلف الفقهاء في نفقة العامل على مال الجاعل، هل يرجع بها على المالك، أو لا يرجع؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: مذهب المالكية:

ذهب المالكية إلى أن العامل إذا كان من عادته رد الضال، والآبق، فإن نفقة الآبق والضال عليه، ولو استغرقت الجعل كله، سواء وجب له المسمى كما لو كان ردها بأمر المالك، أو وجب له جعل المثل كما لو ردها بلا إذن صاحبها.

وإن كان ليس من عادته ذلك فليس له إلا نفقته فقط، على خلاف بين المالكية في المراد بالنفقة:

فقيل: ما أنفقه على الآبق من مأكل، ومشرب، ومركب، ولباس، ولا يدخل فيه ما أنفقه العامل على نفسه، أو على دابته زمن تحصيله، فهذه على العامل لا يرجع بها على المالك، وهذا هو الراجح في مذهب المالكية.

وقيل: المراد ما أنفقه العامل على نفسه وعلى العبد حال تحصيله، من أجرة مركب، أو دابة احتاجا لها، وأجرة من يقبضه له إن احتاج الحال إلى ذلك بحيث لم يكن الحامل على صرف تلك الدراهم إلا تحصيله؛ لأن تلك الدراهم بمثابة ما فدى به من ظالم، وأما ما شأنه أن ينفقه العامل على نفسه في الحضر، كالأكل والشرب فلا يرجع به على ربه[١].

---

(١) انظر الشرح الكبير (٤/ ٦٥)، حاشية الدسوقي (٤/ ٦٥)، الخرشي (٧/ ٦٤)، الفواكه الدواني (٢/ ١١١) الشرح الصغير ومعه حاشية الصاوي (٤/ ٨٤).

القول الثاني:

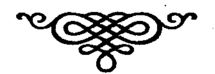
ذهب الشافعية إلى أن العامل يعتبر متبرعًا بالنفقة إلا أن ينفق بإذن الحاكم، أو يشهد على ذلك، فله الرجوع على المالك[١].

القول الثالث:

ذهب الحنابلة إلى أن العامل إذا أنفق على الضالة والآبق فله الرجوع مطلقًا، حتى ولو كان قادرًا على استئذان مالكه ولم يستأذنه، وسواء أكان العامل يستحق جعلًا أم لا، وسواء أكان المال بيد العامل، وسلمه للمالك أم لا، حتى لو هربت الضالة مثلًا منه، أو ماتت في الطريق، فله الرجوع على المالك بما أنفق عليها قبل هربها أو موتها؛ لأن الإنفاق مأذون فيه شرعًا فلم يتوقف على إذن المالك حرمة للنفس وحثًا على صيانة المال[٢].

❑ الراجح:

أرى أن الراجح مذهب الحنابلة إلا إذا كانت النفقة ستزيد على قيمة الضالة والآبق فإن للعامل أن يستأذن الحاكم ببيعها، وردها إلى صاحبها، والله أعلم.



(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٤)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٣٥)، تحفة المحتاج (٦/ ٣٨١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٩).

(٢) كشاف القناع (٤/ ٢٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٧٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٣).

الفصل التاسع
في الجعل على إخراج الجان وحل السحر

[م-١٠٠٤] اختلف الفقهاء في الجعل على إخراج الجان وحل السحر على قولين:

القول الأول:

نص المالكية والحنابلة إلى أنه لا يجوز الجعل على إخراج الجن؛ لأنه لا يعرف حقيقته، ولا يوقف عليه، ولا ينبغي لأهل الورع الدخول فيه، وكذلك الجعل على حل المربوط والمسحور(١).

ولأنه لو خرج الجان لم يؤمن العود، وإذا عاد قد يدعي مخرج الجان أن هذا جان آخر غير الأول(٢).

القول الثاني:

صحح الشافعية الاستئجار على إبطال السحر، وعلى حل ما يحصل للزوج من الانحلال المسمى عند العامة بالرباط.

قال ابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج: «يؤخذ منه صحة الإجارة على إبطال السحر؛ لأن فاعله يحصل له مشقة بالكتابة ونحوها من استعمال البخور وتلاوة الأقسام التي جرت عادتهم باستعمالها، ومنه إزالة ما يحصل للزوج من الانحلال المسمى عند العامة بالرباط، والأجرة على من التزم العوض، ولو

---

(١) التاج والإكليل (٥/ ٤٥٥)، الشرح الكبير (٤/ ٦٤)، الخرشي (٧/ ٦٣).

(٢) انظر الخرشي (٧/ ٢٠)، كشاف القناع (٣/ ٥٦٥).

أجنبيًا، حتى لو كان المانع بالزوج، والتزمت المرأة أو أهلها العوض لزمت الأجرة من التزمها، وكذا عكسه... ثم إن وقع إيجار بعقد صحيح لزم المسمى وإلا فأجرة المثل»[١].

❑ الراجح:

لو أخذ ما يدفع له بلا مشارطة صح، ويحمل ذلك على المكافأة، أما المعاوضة فلا أرى جوازها، والله أعلم.



(١) تحفة المحتاج (٦/ ١٣١)، وانظر حاشية الجمل (٣/ ٥٣٦)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٧٠).

الفصل العاشر
في مشارطة الطبيب على برء المريض

[م-١٠٠٥] هذا العقد متردد بين الإجارة والجعالة، فإن قلنا: جعالة صح، ولم يستحق العوض إلا بالبرء، والجهالة في الجعالة لا تضر.

وإن قلنا: إجارة أشكل هذا؛ لأن البرء قد لا يكون تحت القدرة؛ لأنه من الله ﷻ.

وقد اختلف العلماء في استئجار الطبيب بشرط البرء على قولين:

القول الأول:

يجوز، وهو مذهب المالكية، وقول في مذهب الحنابلة، على خلاف بينهم في توصيف العقد، هل هو إجارة، أو جعالة، أو متردد بينهما[١].

فقد جزم ابن عبد السلام بأن العقد إجارة فقط[٢].

ونص سحنون على أن الأصل في مداواة المريض الجعالة[٣].

وذكر ابن شاس والقرافي بأن العقد متردد بين الإجارة والجعالة[٤].

جاء في المدونة: «قال مالك في الأطباء إذا استؤجروا على العلاج فإنما هو على البرء، فإن برأ فله حقه، وإلا فلا شيء له»[٥].

---

(١) المدونة (٤/ ٤٢٢)، البيان والتحصيل (٨/ ٤٧٣)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٦)، بداية المجتهد (٢/ ١٧٧)، الذخيرة (٦/ ٢٢)، الإنصاف (٦/ ٧٥).

(٢) شرح الخرشي (٧/ ٦١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٦)، الذخيرة (٦/ ٢٢)، شرح الخرشي (٧/ ٦١).

(٥) المدونة (٤/ ٤٢٢).

واختار ابن قدامة والمتأخرون من الحنابلة إلى أن العقد جعالة، ولا يستحق شيئًا من الأجرة حتى يوجد البرء[١].

❑ وجه القول بالجواز:

إن كان العقد إجارة فوجه القول بالجواز: أن الطبيب لا يشارط على الشفاء إلا على مرض يغلب على ظنه حصول البرء، ولا يقدم الطبيب على المشارطة على البرء إذا كان المرض من شأنه أن يطول، أو لا يقبل الشفاء.

وعلى القول بأن العقد جعالة فوجه القول بالجواز أن الجهالة في عقد الجعالة لا تضر بالاتفاق.

القول الثاني:

لا يجوز، وهو مذهب الجمهور، وقول في مذهب المالكية[٢]، واختيار ابن حزم.

❑ وجه القول بالمنع:

أن الشفاء بيد الله، ولا يقدر عليه أحد من الخلق، ولأن في اشتراطه غررًا، فقد يطول العلاج، ولا يحصل الشفاء، وقد يقصر العلاج فيأخذ أكثر مما يستحق، لذلك كان اشتراط البرء من الغرر المنهي عنه.

قال ابن حزم: «ولا تجوز مشارطة الطبيب على البرء أصلًا؛ لأنه بيد الله، لا بيد أحد، وإنما الطبيب معالج، ومقو للطبيعة بما يقابل الداء، ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية قوة الداء، فالبرء لا يقدر عليه إلا الله»[٣].

---

(١) المغني (٥/ ٣١٤)، الإنصاف (٦/ ٧٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٧).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ١١٥)، التمهيد (٥/ ٢٦٤)، فتح المعين (٣/ ١٢٢)، روضة الطالبين (٥/ ١٩٣)، كشاف القناع (٤/ ١٤).

(٣) المحلى، المسألة (١٣١٠).

«وقد رأينا الأطباء يعالج أحدهم اثنين علتهما واحدة، في زمن واحد وسن واحد وبلد واحد، وربما كانوا توأمين، فيعالجهما بعلاج واحد، فيصح أحدهما، ويموت الآخر أو تطول علته»[١].

❑ الراجح:

القول بصحته مطلقًا، أو منعه مطلقا..



(١) شرح الزرقاني على الموطأ (٤/ ٤١٨).



الفصل الحادي عشر
إذا تعذر التسليم للجاعل

[م-١٠٠٦] نص الشافعية والحنابلة على أن العامل إذا أتى بالمتعاقد عليه، فلم يجد المالك، ولا من ينوب عنه، سلم المردود للحاكم، واستحق الجعل، ويدفعه الحاكم له من مال الملتزم إن كان له مال، وإلا بقي الجعل دينًا في ذمة الجاعل.

فإن لم يكن حاكم أشهد، واستحق الجعل وإن مات أو هرب بعد ذلك، والله أعلم(١).

قال في نهاية المحتاج: «ولو لم يجد العامل المالك سلم المردود إلى الحاكم، واستحق الجعل، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه: أي وإن مات، أو هرب بعد ذلك»(٢).

(١) تحفة المحتاج (٦/ ٣٧٨)، حاشية الجمل (٣/ ٦٢٩)، حاشية الرملي (٢/ ٤٤٣)، الإنصاف (٦/ ٣٩٧)، المبدع (٥/ ٢٧٢)، المغني (٦/ ٢٤).

(٢) نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٨).



الفصل الثاني عشر
في الجعالة الفاسدة

[م-١٠٠٧] اختلف العلماء في الجعالة إذا فسدت على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إذا فسدت الجعالة فإن أتم العمل فله جعل مثله، وإن لم يتم العمل فلا شيء له، إلا أن يجعل له العوض مطلقًا سواء أتم العمل أم لم يتمه، فللعامل جعل مثله حتى ولو لم يتم العمل.

وهذا هو المشهور في مذهب المالكية[١].

قال خليل في مختصره: «وفي الفاسد جعل المثل إلا بجعل مطلقًا». وفسر الخرشي مراده بالإطلاق أن يجعل له العوض سواء أتم العمل أم لم يتم[٢].

❑ وجه القول بوجوب جعل المثل:

أن الأصول موضوعة على أن كل عقد فاسد مردود إلى صحيحه، كالنكاح، والبيع، والإجارة، فكذلك الجعالة.

القول الثاني:

للعامل أجرة مثله، وهو مذهب الشافعية، وقول في مذهب المالكية[٣].

---

(١) البيان والتحصيل (٨/ ٤٢٧)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٦)، المقدمات الممهدات (٢/ ١٨١، ١٨٢)، شرح الخرشي (٧/ ٦٥)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٥)، منح الجليل (٨/ ٧٠).

(٢) شرح الخرشي (٧/ ٦٥).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٣١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٢)، منهاج الطالبين (ص٨٤)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٠)، إعانة الطالبين (٣/ ١٢٣)، المهذب (١/ ٤١١).

قال الشيرازي: «لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه، وجب المثل في فاسده، كالبيع، والنكاح»[١].

وقال الغزالي: «وشرطه أن يكون مالًا معلومًا، فلو شرط مجهولًا فسد، واستحق العامل أجرة المثل كما في المضاربة الفاسدة»[٢].

❑ وجه القول بوجوب أجرة المثل:

أن العقد الفاسد لما فسد بطل المسمى؛ لأن المسمى إنما يستحق بالشرط، وقد فسد، فكان الرجوع إلى المسمى مع فساد العقد تصحيحًا للعقد، وهذا لا يصح، وإذا بطل المسمى لفساد العقد رجعنا إلى أجرة المثل؛ لأن العامل إنما بذل منافعه ليأخذ عوضه وذلك متعذر في العقد الفاسد فوجب له قيمته وهي أجر مثله.

القول الثالث:

يرد العقد الفاسد إلى جعل مثله في مسائل، وإلى أجرة المثل في مسائل. وهذا قول ثالث في مذهب المالكية[٣].

وسبب الخلاف:

أن المستثنى من العقود إذا فسد هل يرد إلى صحيح نفسه كفاسد البيع، فالبيع الفاسد يرد إلى البيع الصحيح، فنقول: يجب جعل المثل، أو يرد إلى صحيح أصله، باعتبار أن الجعالة مستثناة من الإجارة، فيكون المستحق أجرة المثل؛ لأن الشرع إنما استثنى الصحيح لاشتماله على القوانين الشرعية، فإذا فسد

---

(١) المهذب (١/ ٤١١).

(٢) الوسيط (٤/ ٢١١، ٢١٢).

(٣) المقدمات الممهدات (٢/ ١٨٢)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٦).

المستثنى رجعنا إلى أصله؛ لأن الشرع لم يستثن الفاسد، فهو مبقى على العدم، وما دام أن له أصلًا يرجع إليه، فيجب الرجوع إلى أصله وهو الإجارة، والفرق بينها وبين البيع: أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه في ذلك.

ولأن أسباب الفساد إذا تأكدت بطلت حقيقة الجعالة بالكلية، فتتعين الإجارة، وإن لم تتأكد اعتبرنا الجعالة، ثم النظر بعد ذلك في المفسد، هل هو متأكد أم لا وهو تحقيق مناط[(١)].

والفرق بين قولنا: جعل المثل، وإجارة المثل: أن جعل المثل لا يلزم إلا بإتمام العمل، فإن لم يتمه فلا شيء له، بخلاف إجارة المثل فتجب له الأجرة، وإن لم يتم العمل.

☐ القول الراجح:

الذي أميل إليه هو القول بأن له جعل المثل إن أتم العمل، فإن لم يتم العمل فلا شيء له، والله أعلم.



(١) الذخيرة (٦/ ١٤، ٤٥).



الفصل الثالث عشر
في مشاركة العامل في العمل

المبحث الأول
مشاركة العامل في العمل

[م-١٠٠٨] إذا عين الجاعل شخصًا في عمل الجعالة، فأعانه آخر، فما الحكم؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب الشافعية إلى أن المشارك لا حق له في الجعل مطلقًا؛ لأن المالك لم يلتزم له بشيء، إلا أن لعمله تأثيرًا على العامل في استحقاق الجعل، وذلك بأن يسأل المشارك: ما ذا أردت بعملك، ومن أردت به؟

فإن قال: قصدت إعانة العامل، فللعامل كل الجعل، سواء قصد إعانته بعوض، أو بغير عوض؛ لأن المشارك لما قصد إعانة العامل، أصبح عمل المشارك واقعًا عن العامل، ومقصود المالك رد الآبق بأي وجه أمكن، فلا يحمل لفظه على قصر العمل على المخاطب، فإذا استعان العامل بمن أراد بأجرة يبذلها، أو بأن يتبرع له المعين بالإعانة فقد حصل المقصود، وصار العمل كله مضافًا للعامل، فاستحق كامل الجعل.

وإن قال المشارك قصدت العمل لنفسي، أو للمالك، أو لهما، أو مطلقًا بأن

قال: لم أقصد شيئًا، فللعامل قسطه، وهو النصف؛ إذ القسمة على عدد الرؤوس على الصحيح.

وقيل: القسمة على قدر العمل.

وإن قصد العمل لنفسه وللعامل، أو للعامل والجاعل، فللعامل المعين ثلاثة أرباع الجعل؛ لأنه استحق نصف الجعل بعمله، ورجع إليه نصف عمل المشارك.

وإن قصد المشارك العمل للجميع: أي للجاعل، وللعامل، ولنفسه، استحق العامل المعين ثلثي الجعل؛ لأنه استحق النصف بعمله، ورجع إليه ثلث عمل المشارك، وهو السدس، فصار المستحق ثلثي الجعل.

ولا شيء للمشارك كما قلنا في جميع هذه الصور؛ لأن المالك لم يلتزم له بشيء، نعم إن التزم العامل له بشيء لزمه.

ولو شاركه اثنان في الرد، فلا شيء لهما في الجعل، لكن إن قصدا إعانته فله تمام الجعل، أو العمل للمالك فله ثلثه، أو أراد واحد إعانته، والآخر إعانة المالك فللعامل المعين ثلثاه. هذا ملخص مذهب الشافعية. وبمثل هذا قالت الحنابلة[1].

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أنهما يشتركان في الأكثر من الجعل المسمى، وجعل المثل.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٢)، نهاية المطلب للجويني (٨/ ٤٩٨)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧١)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٢)، الإقناع (٢/ ٣٩٥)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٤)، المغني (٦/ ٢١)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢١٠)، المبدع (٥/ ٢٦٨).

ذلك أن العامل المعين يستحق المسمى من المالك بمقتضى التسمية.

والعامل المشارك يستحق جعل المثل إذا كان من عادته رد الإباق والضوال، ولا يستحق المسمى، حيث لم يسمعه من المالك، فلما اشتركا في الجعل، واختلفا في القدر، استحقا الأكثر من الجعل المسمى، وجعل المثل[١].

❑ الراجح:

أرى أن الراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة حيث كان الرد في غير الآبق، وأما الرد في الآبق فإنه مقدر شرعًا لمن جاء به بصرف النظر هل كان ذلك بأمر ربه، أو بدونه، فيشتركان فيه على النصف، والله أعلم.



(١) حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ٦٥).



المبحث الثاني
إذا اشترك اثنان ولم يعين العامل

[م-١٠٠٩] إذا اشترك اثنان في الرد، وكان الخطاب عامًا، كأن يقول: من رد مالي فله كذا، فاشترك اثنان في العمل، فهل يقسم الجعل على عددهما، أو يقسم بحسب صعوبة العمل وسهولته، اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يشتركان في الجعل المسمى، ويقسم الجعل بينهما على عدد رؤوسهما، وإن تفاوتا في العمل؛ لأنه لا يمكن ضبط العمل حتى يوزع الجعل بينهما على قدر أعمالهما.

وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة(١).

قال النووي: «قال من رد عبدي، فله دينار، فاشترك جماعة، فالدينار مشترك بينهم»(٢).

وجاء في كفاية الأخيار: «واعلم أنه لو اشترك جماعة في الرد اشتركوا في الجعل؛ لأنهم اشتركوا في السبب، ويقسم بينهم بالسوية، وإن تفاوتت أعمالهم؛ لأن العمل في أصله مجهول، فلا يمكن رعاية مقداره في التقسيط،

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٤٣١)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧١)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٤)، حاشية قليوبي وعميرة (٣/ ١٣٣)، المهذب (١/ ٤١٢)، الوسيط (٤/ ٢١٢)، الإقناع (٢/ ٣٩٤)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ٢٠٩).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٧١).

وللإمام احتمال في توزيع الجعل على قدر أعمالهم؛ لأن العمل بعد تمامه قد انضبط، والله أعلم»[١].

القول الثاني:

يشتركان في الجعل بنسبة العمل صعوبة وسهولة، فإن استوى العملان فلكل نصف الجعل. وهذا مذهب المالكية[٢].

وسبق لنا أن هذا قول في مذهب الشافعية.

والراجح: الأول، والله أعلم.



---

(١) كفاية الأخيار (١/ ٢٩٨).

(٢) منح الجليل (٨/ ٦٩)، الشرح الكبير (٤/ ٦٥)، الخرشي (٧/ ٦٤، ٦٥).

الباب الثالث
في الانتهاء من عقد الجعالة

الفصل الأول
انتهاء الجعالة بإتمام العمل

[م-١٠١٠] اتفق القائلون بالجعالة بأن العامل إذا أنجز العمل المعقود عليه، وسلمه للجاعل أنه يستحق بذلك الجعل، وبهذا يكون العقد قد تم إنجازه، وحصل المقصود منه، وهو حصول المالك على ما أراد، واستحقاق العامل العوض المسمى في العقد.

وهذا أمر بين لا يحتاج إلى إيضاح.





الفصل الثاني
انتهاء الجعالة بالفسخ

المبحث الأول
فسخ الجعالة قبل الشروع في العمل

[م-١٠١١] الفسخ إن كان برضا الطرفين فالجعالة تنفسخ قولًا واحدًا قبل الشروع في العمل أو بعده؛ لأن الحق لهما، فإذا اتفقا على فسخه انفسخ.

وإن كان الفسخ بفعل أحدهما فهذا يتوقف على الخلاف في عقد الجعالة، هل هو عقد جائز، أو عقد لازم؟

وهل الفسخ كان قبل الشروع في العمل أو بعده؟

[م-١٠١٢] فإن كان الفسخ قد انفرد به أحدهما، وكان قبل الشروع في العمل، فقد اختلف فيه الفقهاء إلى أقوال:

القول الأول:

لا تنفسخ الجعالة بالإرادة المنفردة باعتبار أن الجعالة عقد لازم، ولو قبل الشروع في العمل قياسًا على الإجارة.

وهذا قول مرجوح في مذهب المالكية(١).

وسبق مناقشة هذا القول في حكم عقد الجعالة، وبينا أن هذا القول ضعيف، وأن هناك فرقًا بين الإجارة والجعالة: فالإجارة تقدر فيها المدة، ويعين فيها المستأجر، بخلاف الجعالة.

---

(١) منح الجليل (٨/ ٦٩).

القول الثاني:

إن كان الفسخ من المجعول له صحت، وإن كان الفسخ من الجاعل لم تصح، وهذا على قول من قال: تلزم الجعالة بالقول من الجاعل دون المجعول له، وهو قول في مذهب المالكية[١].

جاء في عقد الجواهر الثمينة: «أما أحكام الجعالة فخمسة:

الأول: الجواز من الجانبين ما لم يشرع في العمل كالقراض... وحكى أبو الحسن اللخمي قولين آخرين:

أحدهما: أنها تلزم بالقول من الجاعل خاصة دون المجعول له.

الثاني: أنها كالإجارة، تنعقد لازمة بالقول لهما جميعًا»[٢].

القول الثالث:

لكل فسخها قبل الشروع في العمل، وهذا باعتبار أن الجعالة عقد جائز من الطرفين قبل الشروع في العمل، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، والقول الراجح عند المالكية[٣].

قال الخرشي: «الجاعل والمجعول له يجوز لكل منهما أن يحل عن نفسه قبل الشروع في العمل... لأن عقد الجعالة جائز غير لازم على المشهور»[٤].

---

(١) حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ٦٥).

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٣/ ٩٤٥).

(٣) شرح الخرشي (٧/ ٦٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٨٢)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٥)، منح الجليل (٨/ ٦٩)، شرح ميارة (٢/ ١٠٦)، البيان للعمراني (٧/ ٤٠٧)، الحاوي الكبير (٨/ ٣١)، المهذب (١/ ٤١٢).

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ٦٥).

فقوله على المشهور إشارة إلى خلاف في المذهب، سبق ذكره.

وقال العدوي: «وأما الجعل قبل الشروع فلا يلزم واحدًا منهما»[١].

وهذا هو القول الراجح، وقد ذكرنا دليله في حكم عقد الجعالة، فأغنى ذلك عن إعادته هنا، والحمد لله.

تنبيه: إنما يتصور الفسخ ابتداء من العامل المعين، وأما غيره فلا يتصور الفسخ منه إلا بعد الشروع في العمل[٢].



(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٣).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٤٣٣).



المبحث الثاني
فسخ الجعالة بعد الشروع في العمل

[م-١٠١٣] إذا فسخ أحد العاقدين الجعالة بعد الشروع في العمل، وقبل إتمامه، فهل يصح الفسخ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يصح الفسخ، فإن فسخ الجاعل كان للعامل أجرة مثله لما عمل؛ لأن المالك استهلك منفعته بشرط العوض، فلزمته أجرته كما لو فسخ المضاربة.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة(١).

وإن كان الفسخ من العامل فلا شيء له؛ لأنه امتنع باختياره، ولم يحصل غرض المالك، وهذا بناء على أن عقد الجعالة عقد جائز، وقد سبق بحث هذه المسألة، وذكرنا أدلتهم فيما سبق، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، والحمد لله.

القول الثاني:

إن فَسَخَ العامل صح الفسخ؛ لأن العقد جائز في حقه، وإن فسخ المالك لم يصح الفسخ؛ لأن العقد بعد الشروع في العمل لازم في حقه، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية(٢).

---

(١) المهذب (١/ ٤١٢)، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣)، كشاف القناع (٤/ ٢٠٦).

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٦٥)، الشرح الصغير (٤/ ٨٢)، الخرشي (٧/ ٦٥)، التاج والإكليل (٥/ ٤٥٥)، حاشية الدسوقي (٤/ ٦٥)، منح الجليل (٨/ ٦٩).

وقد ذكرنا دليلهم عند الكلام على توصيف عقد الجعالة، هل هو جائز أو لازم، فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

❑ الراجح:

أن الفسخ صحيح قبل إتمام العمل، سواء كان الفسخ من العامل، أو من المالك؛ لأن العقد جائز، فإن فسخ الجاعل كان للعامل حصته من المسمى، إن كان المالك قد استفاد من عمل العامل، وهذا ما اختاره شيخ شيخنا عبد الرحمن السعدي رحمه الله[1]، وإلا كان له أجرة المثل، وبهذا يحفظ حق العامل إذا كان الفسخ من قبل الجاعل، والله أعلم.



(١) المختارات الجلية (ص٩٥).

المبحث الثالث
فسخ الجعالة بعد إتمام العمل

[م-١٠١٤] لا يملك أحد العاقدين الانفراد في فسخ الجعالة بعد إتمام العمل، والفراغ منه؛ لأن العقد يصبح لازمًا؛ لأن الجعل قد استقر في ذمة الجاعل[1].

وإن حصل فسخ فلا يسمى فسخًا، وإنما يسمى إبراء وإسقاطًا من العامل لحقه، ولرب العمل ألا يقبل؛ لأن فيه منة، والله أعلم.



(١) المرجع السابق.



المبحث الرابع
فسخ الجعالة بالموت

الفرع الأول
انفساخ الجعالة بموت الجاعل

جاء في كشاف القناع: **كل عقد جائز من الطرفين... يبطل بموت أحدهما وعزله**[١].

[م-١٠١٥] إذا مات الجاعل قبل الشروع في العمل انفسخ العقد.

وإذا مات الجاعل بعد إتمام العمل لزم الجعل، ولا يمكن فسخه بالموت، وهذا مما لم يختلف فيه أحد من الفقهاء.

وأما إذا مات الجاعل في أثناء العمل، فاختلفوا في انفساخ الجعالة بالموت على قولين:

القول الأول:

إذا مات الجاعل في أثناء العمل، فلا يخلو إما أن يكون العمل مما لا يتبعض كطلب الآبق، وحفر الآبار، فهذا ليس للورثة أن يمنعوه من تمامه.

وإما أن يكون مما يتبعض كالحصد، واللقط، واقتضاء الدين، فهذا لا يلزم ورثة الجاعل أن يبقوه على ذلك.

وهذا مذهب المالكية[٢].

---

(١) كشاف القناع (٣/ ٤٦٩).

(٢) فتح العليل المالك (١/ ٢٨٩).

القول الثاني:

تنفسخ الجعالة بالموت، ولا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك، فلو رده إلى وارثه استحق من المسمى قسط ما عمله في الحياة، وهذا مذهب الشافعية[١].

وبه قال الحنابلة، جاء في كشاف القناع: «كل عقد جائز من الطرفين... يبطل بموت أحدهما وعزله»[٢].

وقال في شرح منتهى الإرادات: «ويبطل سباق بموت أحدهما كسائر العقود الجائزة»[٣].

فقوله: كسائر العقود الجائزة يدخل في ذلك الجعالة على رد الضال، والآبق، ونحوهما.

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٣)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٧)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣)، حاشية الجمل (٣/ ٦٢٧).

(٢) كشاف القناع (٣/ ٤٦٩).

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٨١).

الفرع الثاني
انفساخ الجعالة بموت العامل

[م-١٠١٦] اختلف العلماء فيما إذا مات العامل بعد الشروع في العمل على قولين:

القول الأول:

لا تنفسخ الجعالة بموت العامل؛ لأن عقد الجعالة عقد لازم بالنسبة للجاعل إذا شرع العامل في العمل، والموت لا يوجب فسخ العقود اللازمة، وعليه فإن للورثة أن يتموا العمل، وليس للجاعل أن يمنعهم من إتمامه. وهذا مذهب المالكية(١).

القول الثاني:

تنفسخ الجعالة بموت العامل، ويستحق من المسمى قسط ما عمله في الحياة، وهذا مذهب الشافعية، وبه قال الحنابلة(٢).

وبهذه المسألة أكون قد انتهيت من المباحث المختارة في عقد الجعالة، فلله الحمد والمنة على ما أنعم وتفضل.



---

(١) الخرشي (٧/ ٦٥)، وانظر الموسوعة الكويتية (١٥/ ٢٣٦).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٧٣)، مغني المحتاج (٢/ ٤٣٣)، نهاية المحتاج (٥/ ٤٧٧)، أسنى المطالب (٢/ ٤٤٣)، حاشية الجمل (٣/ ٦٢٧)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٢/ ٣٢٤)، وانظر كشاف القناع (٤/ ٥٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٥٣).



عقد الشفعة

تمهيد

المبحث الأول
في تعريف الشفعة

تعريف الشفعة لدى الفقهاء[١]:

الاختلاف في تعريفها بين الفقهاء راجع إلى الاختلاف في الشفيع، هل يختص بالشريك وهو قول الجمهور؟ أو يشاركه من هو مثله كالجار، وهذا مذهب الحنفية؟

وهل يختص هذا الحق بالمسلم، أو يشاركه الكافر كالذمي؟

وهل تختص بالعقار، أو هي عامة في كل مال؟

إذا عرف ذلك نأتي على تعريفها لدى المذاهب الفقهية:

---

(١) الشفعة في اللغة، جاء في معجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٠١):
«(شفع) الشين والفاء والعين أصل صحيح يدل على مقارنة بين شيئين، من ذلك الشفع خلاف الوتر، تقول: كان فردًا فشفعته، قال الله جل ثناؤه: ﴿وَالشَّفْعِ وَالْوَتْرِ﴾ [الفجر: ٣].
والشفعة في الدار من هذا، قال ابن دريد: سميت شفعة؛ لأنه يشفع بها ماله.
والشاة الشافع: التي معها ولدها».
وفي اللسان (٨/ ١٨٤): «الشفعة في الدار والأرض: القضاء بها لصاحبها.
وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة، فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده... أي كان وترًا واحدًا، فضم إليه ما زاده وشفعه به».

تعريف الحنفية:

عرفها ابن الهمام: هي تملك البقعة جبرًا على المشتري بما قام عليه[١].

فقوله: (**تملك البقعة**) إشارة إلى أن الشفعة خاصة بالعقار.

وسيأتي تحرير الخلاف فيها إن شاء الله تعالى.

وقوله: (**جبرًا**) إشارة إلى أن طبيعة عقد الشفعة انتزاع الملك، فهي ليست كالبيع القائم على التراضي.

وقوله: (**بما قام عليه**) أي بمثل الثمن الذي تملكه به المشتري.

وانتقد التعريف بأنه لم يذكر سبب الشفعة، ولذلك صرح بعضهم بزيادة قيد في آخر التعريف كقولهم: (**بشركة أو جوار**).

قال ابن الهمام: «وترك ذكره في الأكثر بناء على ظهوره»[٢].

وجاء في العناية: عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار[٣].

هذا التعريف وإن كان نص على سبب الشفعة، وهي الشركة والجوار إلا أنه لم يشر إلى طبيعة هذا التملك، وأنه ينتزع الملك انتزاعًا من المشتري، ولم يذكر الثمن الذي يتملكه فيه الشفيع، فينبغي أن يضم أحد التعريفين إلى الآخر ليكون التعريف معبرًا عن قيود الحنفية، والله أعلم.

---

(١) فتح القدير (٩/ ٣٦٩).
(٢) المرجع السابق.
(٣) العناية شرح الهداية (٩/ ٣٦٩).

تعريف المالكية:

عرفها المالكية بقولهم: استحقاق شريك ولو ذميًا أخذ مبيع شريكه بثمنه[١].

وعرفها بعضهم: أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة[٢].

تعريف الشافعية:

عرفوها بقوله: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض[٣].

تعريف الحنابلة:

عرفها الحنابلة بقولهم: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه»[٤].

من خلال عرض هذه التعريفات يظهر لنا ما يلي:

(١) عامة العلماء متفقون على القول بالشفعة على وجه الإجمال، وفيها خلاف نادر للأصم، وستأتي مناقشة قوله إن شاء الله تعالى.

(٢) لا يختلف الأئمة الأربعة في ثبوت الشفعة للشريك المسلم، واختلفوا في ثبوتها للذمي، وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الخلاف في مبحث مستقل.

(٣) تكاد تتفق التعاريف بأن الشفعة استحقاق، وليست بيعًا، وذلك أن هناك فرقًا بين البيع والشفعة.

---

(١) انظر التاج والإكليل (٥/ ٣١٠)، الشرح الكبير (٣/ ٤٧٣).
(٢) الشرح الصغير (٣/ ٦٣٠).
(٣) إعانة الطالبين (٣/ ١٠٧)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٣٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٦)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٣).
(٤) المغني (٥/ ١٧٨).

فالبيع لا يتم إلا برضى الطرفين، بينما حقيقة الشفعة هي تملك البقعة جبرًا على المشتري.

وأن البيع لا يتم إلا بما يرضى به البائع عوضًا عن المبيع، بينما عقد الشفعة يحل الشفيع محل المشتري، ويأخذ بمثل ما أخذ به من الثمن.

وكون بعض الفقهاء قد يطلق البيع على الشفعة فلعله أراد أنه يترتب عليها من الآثار ما يترتب على البيع كالرد بخيار العيب، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن، ونحو ذلك.

(٤) أن الشفعة سبب من أسباب التملك، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية العقار وذلك بإرادة منفردة صادرة من جانب واحد، وذلك عن طريق حلول الشفيع محل المشتري، ولا يعتبر بالاتفاق رضا الشريك والمشفوع عليه في انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه.

(٥) لا تثبت الشفعة إلا إذا كان انتقال حصة الشريك عن طريق المعاوضة، فيخرج بذلك الأعيان التي انتقلت من الشريك بإرث باتفاق، أو بهبة أو صدقة، أو وصية على خلاف في ذلك كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال في مواهب الجليل: «يدخل في قوله (بمعاوضة) البيع، وهبة الثواب، والمهر، والخلع، وجميع المعاوضات، والصلح، ولو كان على إنكار»[(١)].

وفيما عدا المعاوضة بالبيع فيها نزاع بين العلماء سيأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

(٦) أن ينتقل الملك إلى المشتري انتقالًا لازمًا، فلا شفعة في بيع يكون الخيار فيه للبائع إلا بعد بته.

---

(١) مواهب الجليل (٥/ ٣١٥).

وأما إذا كان الخيار للمشتري ففيه خلاف سوف يأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

(٧) إذا اشترى رجلان دارًا معًا، فلا شفعة لأحدهما على الآخر[١].

قال ابن رشد: واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع[٢].

(٨) اتفاقهم في الجملة على ثبوت الشفعة في العقار، واختلفوا فيما عداه، وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الخلاف فيه.

(٩) اختلاف الفقهاء في سبب الشفعة، هل هي خاصة للشريك في المبيع، أو للشريك في حقوق الارتفاق، أو للجار الملاصق. وسيأتي تحرير الخلاف في ذلك إن شاء الله تعالى.

(١٠) اختلافهم في ثبوت الشفعة في الشركة في عقار لا يقبل القسمة، كالحمام والدكان الصغيرين.

(١٢) اختلافهم في الشفعة في المنقولات. وسيأتي تحرير الخلاف فيها إن شاء الله تعالى.

وقد صرح العلماء بأن الشفعة كانت قبل الإسلام:

جاء في اللسان: «قال القتيبي في تفسير الشفعة: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع، فشفعه، وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه، فسميت شفعة، وسمي طالبها شفيعًا»[٣].

---

(١) الذخيرة (٧/ ٣٠٥)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٥).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ١٩٧).

(٣) اللسان (٨/ ١٨٤).

وقال ابن رشد في المقدمات: «الأصل في تسمية أخذ الشريك الشقص الذي باع شريكه من المشتري بالثمن الذي اشتراه به شفعة، وهو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطًا أو منزلًا، أو شقصًا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فيشفع إليه في أن يوليه إياه ليتصل له الملك، أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه، فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخر شفيعًا، والمأخوذ منه مشفوعًا عليه»[1].



(١) المقدمات الممهدات (٣/ ٦١)، وانظر مواهب الجليل (٥/ ٣١٠)، المنتقى للباجي (٦/ ١٩٩).

المبحث الثاني
الشفعة على وفق القياس

[م-١٠١٧] ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة على خلاف القياس(١).

□ **وجه مخالفتها للقياس:**

أنها قائمة على أخذ مال الغير بغير رضاه، وقد قال ﷺ: **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**(٢).

---

(١) المبسوط (١٤/ ٩٠)، حاشية الجمل (٣/ ٤٩٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤١).

(٢) معنى الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي بكرة عند البخاري (١٧٤١) ومسلم(١٦٧٩)، ورواه البخاري (١٧٣٩) من حديث ابن عباس (١٧٣٩)، ومسلم من حديث جابر (١٢١٨).

وحرمة مال المسلم مقطوع به، مجمع عليه. هذا من حيث الفقه.

وأما دراسة الحديث من حيث الإسناد، فحديث (**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه منه**) رواه عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري على وجهين.

أحدهما: رواه عبد الملك بن حسن الجاري، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن عمارة بن حارثة الضمري، عن عمرو بن يثربي.

ورواه سهيل بن أبي صالح، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد، عن أبي حميد الساعدي.

وذكر البيهقي (٦/ ١٠٠) بإسناده عن علي بن المديني أنه قال: الحديث عندي حديث سهيل. اهـ

قلت: وعمارة بن حارثة ذكره البخاري في التاريخ الكبير(٦/ ٤٩٧)، وابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٦/ ٣٦٤)، ولم يذكرا فيه جرحًا.

وذكره ابن حبان في الثقات (٥/ ٢٤٤)، وهو من التابعين، وليس له رواية إلا هذا الحديث.

=

. . . .

= وإليك تفصيل ما أجملته:
فرواه عبد الملك بن حسن الجاري، واختلف عليه فيه:
فرواه أحمد (٣/ ٤٢٣)، (٥/ ١١٣)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٩٧٩) والروياني في مسنده (١٤٧٥)، والفسوي في المعرفة والتاريخ (١/ ١٥٥)، والبيهقي (٦/ ٩٧) عن أبي عامر العقدي.
ورواه الدارقطني (٣/ ٢٥) وابن قانع في معجم الصحابة (٧٠٩) من طريق زيد بن الحباب.
كلاهما عن عبد الملك بن حسن، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد، عن عمارة بن حارثة الضمري، عن عمرو بن يثربي.
ورواه حاتم بن إسماعيل واختلف عليه فيه:
فرواه الطحاوي في مشكل الآثار (٧/ ٢٥٢) وفي شرح معاني الآثار (٤/ ٢٤١)، من طريق أصبغ بن الفرج.
والخرائطي في مساوئ الأخلاق (٢/ ١٨٤) من طريق علي الحراني
وأبو نعيم في معرفة الصحابة (٤/ ١٩٩٧) رقم ٥٠١٤ من طريق أبي جعفر النفيلي، وسعيد ابن عمرو الأشعثي، فرقهما، كلهم رووه عن حاتم بن إسماعيل، عن عبد الملك بن الحسن، عن عبد الرحمن بن أبي سعيد، عن عمارة بن حارثة، عن عمرو اليثربي، كرواية الجماعة.
وخالفهم عباد المكي، فرواه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند (٥/ ١١٣) والدارقطني (٣/ ٢٦) وابن قانع في معجم الصحابة (٢/ ٢٠٨) عن عباد المكي، عن حاتم بن إسماعيل، عن عبد الملك بن الحسن، عن عمارة بن حارثة، عن عمرو بن يثربي، فأسقط من إسناده عبد الرحمن ابن أبي سعيد. والمعروف ما وافق رواية الجماعة.
قال الدارقطني في سننه (٣/ ٢٦) سقط منه ابن أبي سعيد، والأول أصح.
إذا وقفت على هذا فقد قال البوصيري كما في إتحاف الخيرة المهرة (٤/ ٣٠٦) هذا حديث رجاله ثقات.
وقال الزيلعي كما في نصب الراية (٤/ ١٦٩): إسناده جيد.
وأما حديث عبد الرحمن بن أبي سعيد عن سهيل بن أبي صالح:
فقد رواه أحمد (٥/ ٤٢٥) عن عبيد بن أبي قرة.
ورواه أيضًا (٥/ ٤٢٥) عن أبي سعيد مولى بني هاشم. =

. . . .

= ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده كما في إتحاف الخيرة المهرة (٣٩٠٧)، والطحاوي في مشكل الآثار (٧/ ٢٥١) رقم ٢٨٢٢ وفي شرح معاني الآثار (٤/ ٢٤١)، وابن حبان في صحيحه (٥٩٧٨) والبزار في مسنده (٣٧١٧) من طريق أبي عامر العقدي.

ورواه الروياني في مسنده (١٤٥٨) من طريق أحمد بن عبد الرحمن، عن عمه (عبد الله بن وهب).

ورواه الحاكم كما في إتحاف الخيرة (٤/ ٣٠٦) ولم أقف عليه في المستدرك، ومن طريق الحاكم رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٠) من طريق الربيع بن سليمان، عن عبد الله بن وهب.

ورواه البيهقي (٩/ ٣٥٨) من طريق أبي بكر بن أبي أويس،

كلهم رووه عن سليمان بن بلال، عن سهيل بن أبي صالح، عن عبد الرحن بن سعد، وقال بعضهم (ابن سعيد) عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: **لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حق**، وذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم. هذا لفظ أحمد.

وقال بعضهم: أن يأخذ عصا أخيه. وعبد الرحمن بن سعد قال البيهقي (٦/ ١٠٠) هو عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري.

وله شواهد منها:

الأول: حديث عم أبي حرة الرقاشي، رواه أحمد (٥/ ٧٢) بتمامه، وأبو يعلى في مسنده (١٥٧٠) وفيه موضع الشاهد (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) روياه من طريق حماد بن سلمة، عن علي بن زيد بن جدعان، عن أبي حرة الرقاشي، عن عمه.

ورواه ابن أبي شيبة (٧/ ٢٧٢) والدارمي (٢٥٣٤)، والطبراني في الكبير (٤/ ٥٣) رقم: ٣٦٠٩، وأبو يعلى (١٥٦٩) بالإسناد نفسه مختصرًا، وليس فيه موضع الشاهد. وهذا إسناد ضعيف، فيه علي بن زيد بن جدعان، وقد ذكر أبو زرعة كما في العلل لابن أبي حاتم (٢/ ٣٢٤) أن عم أبي حرة ليس له إلا هذا الحديث. وقد تأكد لي هذا بالبحث.

الشاهد الثاني: حديث ابن عباس.

رواه الحاكم في المستدرك (٣١٨) ومن طريقه البيهقي (٦/ ٩٦) من طريق ابن أبي أويس، عن ثور بن زيد الديلي، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع... فذكر الحديث، وفيه: **لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس، ولا تظلموا ولا ترجعوا بعدي كفارًا يضرب بعضكم رقاب بعض.** =

ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره.

جاء في الهداية: «حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه»[(١)].

وقال ابن قدامة: «الشفعة تثبت على خلاف الأصل؛ إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضا منه، وإجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الأصم»[(٢)].

يشير ابن قدامة إلى ما نقله عن الأصم بأنه قال: «لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضرارًا بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فيستضر المالك»[(٣)].

القول الثاني:

اختار المتأخرون من الحنابلة[(٤)]، ورجحه ابن تيمية وابن القيم بأن الشفعة جارية على وفق القياس.

قال ابن القيم: «من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك؛ فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن

= وعبد الله بن عبد الله بن أويس محله الصدق، بمنزلة فليح بن سليمان، وقد تجنبه البخاري، وروى له مسلم.

ورواه الدارقطني (٣/ ٢٥) في سننه من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي، عن الحكم، عن مقسم، عن ابن عباس. وهذا إسناد ضعيف جدًا. فالعرزمي متروك.

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٢٤).

(٢) المغني (٥/ ١٧٨).

(٣) المرجع السابق.

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤١)، مطالب أولي النهى (٣/ ٥٨١).

المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقَّاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض فشرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذ لم يكن على الآخر ضرر في ذلك؛ فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان؛ فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد.

ومن هنا يعلم أن التحيل لإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع ومضاد له»[1].

وقال ابن تيمية: «لفظ القياس لفظ مجمل، يدخل فيه القياس الصحيح والقياس الفاسد، فالقياس الصحيح هو الذي وردت به الشريعة، وهو الجمع بين المتماثلين، والفرق بين المختلفين، الأول قياس الطرد، والثاني قياس العكس، وهو من العدل الذي بعث الله به رسوله، فالقياس الصحيح مثل أن تكون العلة التي علق بها الحكم في الأصل موجودة في الفرع من غير معارض في الفرع يمنع حكمها، ومثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه قط، وكذلك القياس بإلغاء الفارق، وهو ألا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع فمثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه، وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأنواع بحكم يفارق به نظائره فلا بد أن يختص ذلك بوصف يوجب اختصاصه

(١) إعلام الموقعين (٢/ ١٣٩)، وانظر أحكام أهل الذمة (١/ ٥٩٥).

بالحكم، ويمنع مساواته لغيره، لكن الوصف الذي اختص به قد يظهر لبعض الناس وقد لا يظهر، وليس من شرط القياس الصحيح المعتدل أن يعلم صحته كل أحد، فمن رأى شيئًا من الشريعة مخالفًا للقياس فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، وليس مخالفًا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر، وحيث علمنا أن النص جاء بخلاف قياس، علمنا قطعًا أنه قياس فاسد، بمعنى أن صورة النص امتازت عن تلك الصور التي يظن أنها مثلها بوصف أوجب تخصيص الشارع لها بذلك الحكم، فليس في الشريعة ما يخالف قياسًا صحيحًا، لكن فيها ما يخالف القياس الفاسد، وإن كان من الناس من لا يعلم فساده»[(١)].

«وبالجملة ما عرفت حديثًا صحيحًا إلا ويمكن تخريجه على الأصول الثابتة، وقد تدبرت ما أمكنني من أدلة الشرع، فما رأيت قياسًا صحيحًا يخالف حديثًا صحيحًا، كما أن المعقول الصريح لا يخالف المنقول الصحيح، بل متى رأيت قياسًا يخالف أثرًا فلا بد من ضعف أحدهما، لكن التمييز بين صحيح القياس وفاسده مما يخفى كثير منه على أفاضل العلماء فضلًا عمن هو دونهم، فإن إدراك الصفات المؤثرة في الأحكام على وجهها ومعرفة الحكم والمعاني التي تضمنتها الشريعة من أشرف العلوم، فمنه الجلي الذي يعرفه كثير من الناس، ومنه الدقيق الذي لا يعرفه إلا خواصهم، فلهذا صار قياس كثير من العلماء يرد مخالفًا للنصوص لخفاء القياس الصحيح عليهم، كما يخفى على كثير من الناس ما في النصوص من الدلائل الدقيقة التي تدل على الأحكام»[(٢)].

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٠٤) وما بعدها.

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٦٧).

❑ رأيي في الموضوع:

أعتقد أن من قال: الشفعة على خلاف القياس لا يعني أن جوازها تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به: أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي، فمن ذلك أن القياس أن الشريك يبيع ماله على من يشاء، وأن من اشترى شيئًا فلا ينزع منه إلا بطيب نفس منه، وجاز مخالفة ذلك في الشفعة دفعًا لضرر الشريك والجار المشارك في حقوق الارتفاق، وحقهم مقدم على حق المشتري، والله أعلم.





المبحث الثالث
الحكمة من مشروعية الشفعة

لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، وكان الخلطاء والجيران كثيرًا ما يبغي بعضهم على بعض شرع الله ﷻ رفع هذا الضرر بأحد طريقين:

(١) بالقسمة تارة، وانفراد كل من الشريكين بنصيبه.

(٢) وبالشفعة تارة أخرى، وانفراد أحدهما بالمبيع بالجملة.

[م-١٠١٨] وقد اختلف العلماء في الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الشفعة شرعت لدفع أذى الدخيل وضرره، فتثبت للشريك كما تثبت للجار[(١)].

قال علي حيدر: «سبب مشروعيتها دفع ما ينشأ من سوء الجوار على وجه التأبيد والقرار، كإيقاد النار وإعلاء أجدار وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وإيقاف الدواب والصغار.

وقد قيل: أضيق السجود معاشرة الأضداد»[(٢)].

وسوف يأتي بحث الشفعة للجار في مبحث مستقل إن شاء الله تعالى.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٥).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٤٩).

القول الثاني:

سبب الشفعة هو دفع ضرر الشركة، وعلى هذا فلا تثبت للجار، وهذا مذهب الحنابلة، وأحد القولين في مذهب المالكية[١].

جاء في شرح منتهى الإرادات «الشفعة على خلاف الأصل دفعًا لضرر الشركة»[٢].

وجاء في شرح ميارة: «الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة، فتجب الشفعة في ذلك حتى لا يتضرر بشركة الداخل. أو إنما ذلك لدفع ضرر القسمة؛ لأن أحد الشركاء له طلب الباقين بالقسمة، فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقون أن يدعوهم إلى القسمة، وقد يكون ذلك مضرًا بهم؛ لأن كل واحد منهم يحتاج إلى استحداث مرافق في نصيبه غالبًا فشرعت الشفعة لدفع هذا الضرر، فعلى هذا لا شفعة فيما لا ينقسم لعدم حصول هذا الضرر فيه. والأول أظهر»[٣].

قال ابن القيم: «قالت طائفة أخرى: إنما شرعت الشركة لدفع الضرر اللاحق بالشركة، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي؛ إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر

(١) الشرح الكبير (٣/ ٤٧٦)، المقدمات الممهدات (٣/ ٦٥)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني(٢/ ٢٥١)، الفواكه الدواني (٢/ ١٥١)، شرح ميارة (٢/ ٤٢)، المغني (٤/ ٣٢٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٠)، كشاف القناع (٤/ ١٤٧).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٠).

(٣) شرح ميارة (٢/ ٤٢).

صاحبه، فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع، فيزول الضرر عنهما جميعًا. وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان والثياب والشجر والجواهر والدور الصغار التي لا يمكن قسمتها، وهذا قول أهل مكة، وأهل الظاهر، ونص عليه أحمد في رواية حنبل.

قال: قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار أو ما كان من نحو ذلك؟ قال: هذا كله أوكد؛ لأن خليطة الشريك أحق به بالثمن، وهذا لا يمكن قسمته، فإذا عرضه على شريكه، وإلا باعه بعد ذلك»(١).

القول الثالث:

يرى فريق من العلماء أن سبب الشفعة لدفع ضرر القسمة، وهذا يتفق مع القول السابق في عدم ثبوتها للجار، ولا تثبت إلا فيما يقبل القسمة.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والقول الثاني في مذهب المالكية(٢).

قال ابن رشد: «وعلى هذا يأتي اختلاف المتأخرين من أصحابنا في الضرر الذي من أجله جعلت الشفعة. فمن رأى أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم من الأصول لم يعلل بضرر الشركة؛ لإمكان انفصالهما عنه بالقسمة، وقال: إن العلة في ذلك ضرر القسمة... ثم ذكر وجوه الضرر بالقسمة...

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٩٣).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ١٥١)، المقدمات الممهدات (٣/ ٦٥)، منح الجليل (٧/ ١٩٦)، المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٠)، الذخيرة (٧/ ٢٩٠)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٥١)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٠)، حاشية الجمل (٣/ ٤٩٨) الشرح الكبير للرافعي (١١/ ٤٦٣)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٤)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (ص٢٨٣)، المغني (٥/ ٢١١).

ومن رأى أن الشفعة تكون فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، قال: إن العلة فيما لا ينقسم ضرر الشركة؛ إذ لا يقدر أحد من الشركاء أن يتصرف في المال المشترك بشيء من وجوه التصرف دون إذن شريكه»[1].

وجه ذلك: أن القسمة قد تكون سببًا في نقص القيمة، وقد تضطره إلى استحداث مرافق جديدة، وإلى دفع أجرة القاسم، وإلى الضيق في مرافق المنزل، فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها، وبأي موضع شاء منها، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار، وقصر على موضع منها، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به. فمكنه الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه، بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه.

❑ الراجح:

هذه العلل الثلاث ليست متضادة، بل كل واحدة منها تصلح علة، ولا مانع من التعليل للحكم بأكثر من علة، فإذا انتفت كلها انتفى الحكم، وإذا وجد أحدها وجد الحكم، فالشفعة لدفع الضرر، وهذا الضرر يتنوع، قد يكون الضرر لدفع أذى الدخيل الطارئ، فيحق للجار أن يشفع لدفع أذاه إذا كان مشتركًا في مرافق المبيع، وقد يكون بسبب الشركة، وقد يكون بسبب القسمة، والضرر فيها جنس، وهي بمنزلة الأنواع، فلا مانع عندي من التعليل بها كلها مجتمعة، أو منفردة، والله أعلم.



(١) المقدمات الممهدات (٣/ ٦٥).

الباب الأول
في أركان الشفعة

الفصل الأول
في تحديد أركان الشفعة

[م-١٠١٩] سبق لنا في العقود السابقة كعقد البيع والإجارة، خلاف الحنفية والجمهور في أركان العقد:

فالحنفية يرون أن ركن العقد: هو الإيجاب والقبول (الصيغة)

ويزيد عليها الجمهور: العاقدان والمعقود عليه.

وفي الشفعة لما كان الأخذ جبرًا لا يحتاج إلى قبول المشتري ذكر الحنفية أن الصيغة فقط: هي أخذ الشفيع المشفوع من أحد المتعاقدين، والذي هو بمنزلة الإيجاب الذي لا يفتقر إلى قبول[١].

وعليه يصح أن نقول: إن ركن الشفعة عند الحنفية هو الإيجاب فقط، حيث جعلوا الركن: هو الأخذ فقط، ولم يلحقوا به القبول؛ لجوازه مع الإكراه، كما لم يلحقوا به الشفيع والمشفوع به والمشفوع فيه والمشفوع عليه (وهو مشتري - العقار) طردًا لقاعدتهم.

---

(١) الدر المختار (٦/ ٢١٨)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٣٩)، البحر الرائق (٨/ ١٤٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٧٢)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٨)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٥١).

فأما الجمهور فمشوا على قاعدتهم من إدخال العاقدين والمعقود عليه في الأركان:

فذكر الخرشي من المالكية: أركان الشفعة بأنها أربعة:

آخذ: وهو الشفيع.

ومأخوذ منه: وهو المشتري.

وشيء مأخوذ: وهو الشقص المبتاع.

وشيء مأخوذ به: وهو الثمن(١).

وزاد بعضهم خامسًا: وهو الصيغة(٢).

وذكر الشافعية الثلاثة الأولى عدا الثمن(٣).

وأما الصيغة فأكثر الشافعية لم يعتبروها من الأركان، وقالوا: الصيغة إنما تجب في التملك، ولا تجب عند الاستحقاق فلا حاجة إلى عدها ركنًا، بل لا يصح.

وانتقد ذلك في حاشية الجمل، وذكر أن الاستحقاق المذكور لا يتحقق ولا يثبت إلا بصيغة تدل عليه، فما صنعوه فيه تساهل(٤).

قال ابن قدامة: «ويملك الشفيع بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه، بأن يقول:

---

(١) شرح الخرشي (٦/ ١٦٢).

(٢) الشرح الصغير ومعه حاشية الصاوي (٣/ ٦٣١).

(٣) إعانة الطالبين (٣/ ١٠٧)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٣٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٦)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٣)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ١٧٥، ١٧٦)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩).

(٤) حاشية الجمل (٣/ ٤٩٩).

قد أخذته بالثمن، أو تملكته بالثمن، أو نحو ذلك، إذا كان الثمن والشقص معلومين»[١].

(١) المغني (٥/ ١٨٥).



الفصل الثاني
في صيغة طلب الشفعة

[م-١٠٢٠] ذهب جماهير أهل العلم إلى أنه لا يشترط في طلب الشفعة لفظ أو صيغة معينة على الصحيح بل تصح بكل ما يدل عليها من قول أو فعل.

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «ألفاظ الطلب لا تنحصر في الألفاظ المذكورة، فكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة يصح طلب الشفعة به؛ لأن العبرة للمعاني»[١].

وجاء في المغني: «ويملك الشفيع الشقص بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول: قد أخذته بالثمن، أو تملكته بالثمن، أو نحو ذلك»[٢].

وجاء في الهداية: «ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة، كما لو قال: طلبت الشفعة، أو أطلبها، أو أنا طالبها؛ لأن الاعتبار للمعنى»[٣].

وخالف في ذلك الشافعية فقالوا: لا تصح الشفعة بالمعاطاة.

جاء في مغني المحتاج: «يشترط لفظ من الشفيع كتملكت أو أخذت بالشفعة، ونحو ذلك... ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المفهمة، ولا يكفي المعاطاة كما مر في البيع، ولا أنا مطالب بالشفعة، ونحو ذلك»[٤].

وجاء في نهاية المحتاج: «ويشترط في حصول الملك بالشفعة لفظ أو نحوه

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٩٢).
(٢) المغني (٥/ ١٨٥)، وانظر كشاف القناع (٤/ ١٤٢).
(٣) الهداية شرح البداية (٤/ ٢٧)، وانظر تبيين الحقائق (٥/ ٢٤٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٩).
(٤) مغني المحتاج (٢/ ٣٠٠).

ككتابة، أو إشارة أخرس من الشفيع، كتملكت، أو أخذت بالشفعة ونحوها كاخترت الأخذ بها»[١].

والراجح: قول الجمهور، والله أعلم.



(١) نهاية المحتاج (٥/ ٢٠٣)، وانظر روضة الطالبين (٥/ ٨٣).

الفصل الثالث
في التراخي في طلب الشفعة

[م-١٠٢١] إذا علم الشفيع بالشفعة، فهل يجب أن يطلبها على الفور؟ أو له أن يتراخى في طلبها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يجب أن يطلبها على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته.

وهذا مذهب الحنفية، والقول الجديد للشافعي، والمذهب عند الحنابلة[(١)].

قال الشيرازي: «نص عليه في الجديد أنه على الفور، وهو الصحيح»[(٢)].

وقال الغزالي: «وقد اختلفَ في مدته قولُ الشافعي، فالصحيح، وهو الجديد أنه على الفور...»[(٣)].

وقال ابن قدامة: «الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور، إن طالب

---

(١) المبسوط (١٤/ ١١٦، ١١٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٤٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٥١)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٢)، المهذب (١/ ٣٨٠)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٧)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٣٨)، الوسيط (٤/ ٩٧)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، المغني (٥/ ١٨٦)، الإنصاف (٦/ ٢٦٠)، الكافي (٢/ ٤١٩)، المحرر (١/ ٣٦٥).

(٢) المهذب (١/ ٣٨٠).

(٣) الوسيط (٤/ ٩٧).

بها ساعة يعلم بالمبيع وإلا بطلت، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، فقال: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم...»[١].

القول الثاني:

الشفعة ليست على الفور، وهو مذهب مالك، والقول القديم للشافعي، ورواية في مذهب الحنابلة، وبه قال ابن حزم[٢].

❑ دليل من قال: الشفعة على الفور:

الدليل الأول:

(ح-٦٢٠) ما رواه ابن ماجه من طريق محمد بن الحارث، عن محمد ابن عبد الرحمن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: **الشفعة كحل العقال**[٣].

[ضعيف جدًا][٤].

---

(١) المغني (٥/ ١٨٦).

(٢) المدونة (٥/ ٤٠٤)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٧، ٤٨٨)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢١)، الشرح الصغير (٣/ ٦٣٩)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٢)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٠)، المهذب (١/ ٣٧٩)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، المغني (٥/ ١٨٦)، المحلى، مسألة (١٥٩٧).

(٣) سنن ابن ماجه (٢٥٠٠)، ومن طريق محمد بن الحارث رواه البزار في مسنده (٥٤٠٥)، وابن عدي في الكامل (٦/ ١٧٧، ١٨٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٨)، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد (٦/ ٥٦).

(٤) في إسناده أكثر من علة:

الأول: محمد بن الحارث، جاء في ترجمته:

قال عنه يحيى بن معين: ليس بشيء، وقال أيضًا: ليس بثقة.

وقال الفلاس: يروي عن ابن البيلماني أحاديث منكرة، متروك الحديث.

انظر ميزان الاعتدال (٣/ ٥٠٥).

=

الدليل الثاني:

أن في ثبوت الشفعة على التراخي ضررًا يلحق بالمشتري لكونه يمنعه من استقرار المبيع في ملكه، ومن التصرف فيه خشية أخذه منه.

ونوقش هذا:

حق المشتري ليس بأولى من حق الشفيع، وحقه متقدم عليه، وإيجاب الشفعة على الفور ضرر يلحق بالشفيع حيث يُقْدِم على الشفعة دون تدبر وتأمل في الأحظ من الأخذ أو الترك.

الدليل الثالث:

حق الشفعة حق ضعيف لثبوته على خلاف القياس، حيث ينتزع الملك من صاحبه لدفع ضرر محتمل، قد يوجد وقد لا يوجد، فلا يستقر إلا بالطلب على الفور.

= وقال ابن عدي: عامة حديثه لا يتابع عليه.
وخالف ابن حبان، فذكره في ثقاته، وقال البزار: هو رجل ليس به بأس، وإنما تأتي نكرة هذه الأحاديث من ابن البيلماني.
الثاني: محمد بن عبد الرحمن البيلماني، جاء في ترجمته:
قال البخاري: منكر الحديث، كان الحميدي يتكلم فيه. التاريخ الكبير (١/ ١٦٣)، علل الترمذي (١٥١).
وقال يحيى: ليس بشيء. الجرح والتعديل (٧/ ٣١١).
وقال أبو حاتم الرازي: منكر الحديث، ضعيف الحديث، مضطرب الحديث. المرجع السابق.
وقال ابن حبان: حدث عن أبيه بنسخة شبيهًا بمائتي حديث كلها موضوعة، لا يجوز الاحتجاج به، ولا ذكره في الكتب إلا على جهة التعجب. المجروحين (٢/ ٢٦٤).
وقال ابن عدي: كل ما روي عن البيلماني فالبلاء فيه منه، وإذا روى عن ابن البيلماني محمد ابن الحارث هذا فجميعًا ضعيفان... والضعف على حديثهما بين. الكامل (٦/ ١٨٠).
قال ابن حجر في التلخيص: وإسناده ضعيف جدًا.

ونوقش هذا:

الصحيح أن القول بالشفعة على وفق القياس، وقد ناقشت هذا في مبحث مستقل فأغنى ذلك عن إعادته هنا، والحمد لله.

الدليل الرابع:

أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب.

ونوقش هذا:

لا نسلم أن خيار الرد بالعيب على الفور، ولا يوجد دليل على الفورية، وعلى التسليم فهناك فرق بين خيار الرد بالعيب وحق الأخذ بالشفعة؛ لأن ما فيه عيب قد وجب رده بخلاف الأخذ بالشفعة فإنه يحتاج إلى التأمل والنظر، والله أعلم.

❑ دليل من قال: الشفعة على التراخي:

الدليل الأول:

ثبت حق الشفيع في السنة الصحيحة، والحقوق الثابتة بالأدلة الصحيحة لا تسقط إلا بأدلة صحيحة مثلها، أو بإسقاط أصحابها.

الدليل الثاني:

يحتاج الشفيع قبل الإقدام على الشفعة إلى التروي والتأمل قبل الأخذ بالشفعة، وإلزامه بالأخذ بها فورًا وإلا سقط حقه من الإضرار به، وهذا لا يجوز، والمشتري قد دخل بالعقد وهو يعلم أن المبيع شقص في شركة، وأن الشريك له الحق في الأخذ بالشفعة فكان كشرط الخيار في العقد، والله أعلم.

❑ الراجح:

القول بأن الشفعة على التراخي، والله أعلم.

الفصل الرابع
في تقدير مدة التراخي

[م-١٠٢٢] اختلف القائلون بالتراخي في تقدير مدة التراخي على خمسة أقوال:

القول الأول:

يمتد حق الشفيع ما دام في المجلس وإن طال، ما لم يتشاغل عن طلب الشفعة بعمل أجنبي، فإن قام عن المجلس، أو تشاغل عن طلب الشفعة بعمل أجنبي بطلت شفعته. وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية، قال الكرخي: هذا أصح الروايتين، وهو رواية عن الإمام أحمد(١).

وجهه:

أن حالة المجلس كحالة العقد، بدليل أن القبض في مجلس العقد فيما يشترط لصحته القبض كالقبض حالة العقد، وقياسًا على خيار القبول عند الحنفية.

القول الثاني:

لا يسقط إلا بإسقاطه أو بالعفو عنه، ولو امتد ذلك سنوات كثيرة، وهذا هو القديم من قولي الشافعي، ورواية عن الإمام أحمد، واختيار ابن حزم(٢).

وقد ذكرنا أدلته في المسألة السابقة.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٧)، الإنصاف (٦/ ٢٦٠، ٢٦١).

(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٠)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٠)، الإنصاف (٦/ ٢٦٠)، المحلى، مسألة (١٥٩٧).

القول الثالث:

يمتد هذا الحق حتى يصل إلى سنة إلا أن يستعجل المشتري الشفيع عند الحاكم، فإذا استعجله لزم الشفيع الأخذ أو الترك، وهذا هو المشهور من مذهب الإمام مالك[١].

والقول بالاستعجال قول في مذهب الشافعية.

جاء في المهذب: «وفي خياره - يعني الشفيع أربعة أقوال:

والثاني: أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو»[٢].

❑ وجه القول بالتحديد بالسنة:

أن السنة قد جعلت قدرًا لقطع الأعذار في الغيبة وغيرها، فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة.

القول الرابع:

إذا لم يطلب الشفعة حتى مضت خمسة أعوام فقد بطل حقه، وهذا قول في مذهب المالكية[٣].

ولا أعلم دليلًا في التحديد بخمس سنوات، والله أعلم.

---

(١) جاء في المدونة (٥/ ٤٠٤): «أرأيت لو أن شفيعًا علم بالاشتراء فلم يطلب شفعته سنة، أيكون على شفعته؟ قال: وقفت مالكا على السنة فلم يره كثيرًا، ولم ير السنة مما تقطع به الشفعة. وقال: التسعة الأشهر والسنة قريب، ولا أرى فيها قطعا للشفعة».
وانظر التاج والإكليل (٥/ ٣٢١)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٤)، الخرشي (٦/ ١٧٢).

(٢) المهذب (١/ ٣٧٩، ٣٨٠).

(٣) الذخيرة (٧/ ٣٧٣).

القول الخامس:

يمتد حق الشفعة إلى ثلاثة أيام، وهو قول عند الشافعية، وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري[١].

❑ وجه القول بالتحديد بالثلاثة:

القياس على خيار الشرط، فإذا كانت الثلاث قد جعلت حدًا فيه، فلتكن حدًا في تحديد المدة في الخيار بين الأخذ والترك.

والقول بتحديد مدة خيار الشرط بثلاثة أيام قول ضعيف، وسبق مناقشة هذه المسألة في عقد البيع.

❑ الراجح:

أننا إذا اعتبرنا أن هذا الحق على التراخي فهو من غير تقدير بمدة معينة؛ لأن التقدير بمدة معينة يحتاج إلى توقيف، ولا نص في تقدير المدة والقول هذا لا يتعارض مع قول المالكية وقول في مذهب الشافعية بأن المشتري له الحق في استعجال الشفيع عند الحاكم، فإذا استعجله لزم الشفيع الأخذ أو الترك، كما قلنا في حق خيار المجلس بأنه يمتد إلى نهاية المجلس ولو طال، أو بقول البائع للمشتري اختر، فإذا اختار الصفقة لزمت ولو قبل التفرق، والله أعلم.



(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٠)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٠).



الباب الثاني
في أحكام الشفيع

الفصل الأول
من يملك حق الشفعة

[م-١٠٢٣] قال البغوي: أجمع العلماء في ثبوت الشفعة للشريك في الربع المنقسم[١]، إذا باع أحد الشركاء نصيبه قبل القسمة، فللباقين أخذه بالشفعة بمثل الثمن الذي وقع عليه البيع، وإن باع بشيء متقوم من ثوب أو عبد فيأخذه بقيمة ما باعه به[٢].

وحكى الإجماع على ما سبق ابن بطال في شرح البخاري[٣]، وابن عبد البر في الاستذكار[٤]، وابن المنذر في الإشراف[٥]، وابن رشد في بداية المجتهد[٦]، وابن قدامة في المغني[٧]، وغيرهم.

(١) الربع بفتح الراء وإسكان الباء: مفرد، جمعه رباع، وربوع: وهي الدار.
قال ابن قدامة: الربع: هو العقار من الدور ونحوها، وفي فتح القدير لابن همام: الربع: هو الدار بعينها.

(٢) شرح السنة للبغوي (٨/ ٢٤١).

(٣) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٦/ ٣٧٦).

(٤) الاستذكار (٢١/ ٢٦٣).

(٥) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٥٢).

(٦) بداية المجتهد (٢/ ١٩٤).

(٧) المغني (٥/ ١٧٨).

[م-١٠٢٤] واختلفوا في ثبوت الشفعة للشريك في حقوق الارتفاق وللجوار على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الشفعة تثبت فيهما على الترتيب، فيقدم الشريك في المبيع، ثم الشريك في المرافق، ثم الجار الملاصق احترازًا من المحاذي، وهو قول الثوري[(١)].

وأثبت الحنابلة في أحد القولين الشفعة للجار[(٢)].

قال العيني: قال أبو حنيفة: «الشفعة للشريك في نفس المبيع، ثم في حق المبيع، ثم من بعدهما للجار»[(٣)].

وإنما وجبت مرتبة عند الحنفية؛ لأنها شرعت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه، وكل ما كان أكثر اتصالًا كان أخص ضررًا وأشد، فكان أحق بها لقوة الموجب، فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى إلا إذا ترك.

القول الثاني:

ذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور إلى أن الشفعة تثبت للشريك في المبيع ما لم يقاسم، ولا تثبت الشفعة في حقوق المبيع، ولا للجار[(٤)].

---

(١) عمدة القارئ (١٢/ ٧٢)، شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٤)، المبسوط (١٤/ ٩٢)، البحر الرائق (٨/ ١٤٣)، الهداية شرح البداية (٤/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٠، ٢٢١).
وانظر قول الثوري في كتاب الإشراف لابن المنذر (٦/ ١٥٢، ١٥٣).

(٢) الإنصاف (٦/ ٢٥٥)، المبدع (٥/ ٢٠٦).

(٣) عمدة القارئ (١٢/ ٧٢).

(٤) انظر في مذهب المالكية: الاستذكار (٢١/ ٢٦٣)، بداية المجتهد (٢/ ١٩٣)، =

قال ابن رشد: «ذهب مالك والشافعي، وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم...»[١].

جاء في المدونة: «قلت - القائل سحنون - أرأيت السكة غير النافذة تكون فيها دار لقوم، فباع بعضهم داره، أيكون لأصحاب السكة الشفعة أم لا في قول مالك؟

قال - القائل ابن القاسم - لا شفعة لهم عند مالك.

قلت: ولا تكون الشفعة في قول مالك بالشركة في الطريق؟

قال: نعم، لا شفعة بينهم إذا كانوا شركاء في طريق. ألا ترى أن مالكًا قال: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا الدار وإن كانت الساحة بينهم لم يقتسموها»[٢].

وقال الشيرازي: «ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما»[٣].

= الذخيرة (٧/ ٢٦١)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٣٨)، شرح الخرشي (٦/ ١٦٤)، مواهب الجليل (٥/ ٣١٢).

وانظر في مذهب الشافعية: الأم (٧/ ١١٠)، المهذب (١/ ٣٧٧)، إعانة الطالبين (٣/ ١٠٧)، الوسيط (٤/ ٧٢)، روضة الطالبين (٥/ ٧٢).

وانظر في مذهب الحنابلة: المغني (٥/ ١٧٨)، الإنصاف (٦/ ٢٥٥)، المبدع (٥/ ٢٠٥، ٢٠٦)، كشاف القناع (٤/ ١٣٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٠١).

وانظر قول إسحاق: في مسائل أحمد وإسحاق رواية الكوسج (ص٢٠١) تحقيق المزيد (قسم المعاملات).

(١) بداية المجتهد (٣/ ١٩٣).

(٢) المدونة (٥/ ٤٠٢).

(٣) المهذب (١/ ٣٧٧).

وجاء في المغني: «ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة»[١].

وقال البهوتي: «ومن أرضه بجوار أرض لآخر، ويشربان من نهر أو بئر واحدة، فلا شفعة بذلك»[٢].

القول الثالث:

تثبت الشفعة بين الجارين إذا كان بينهما حق مشترك من حقوق الأملاك، من طريق، أو ماء، أو نحو ذلك، فإن لم يكن بين الجارين حق مشترك، فلا شفعة بينهما.

وهذا القول رواية عن أحمد نص عليها في رواية أبي طالب، فإنه سأله عن الشفعة لمن هي؟ فقال: إذا كان طريقهما واحدًا، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود، فلا شفعة. وهو قول القاضيين سوار بن عبيد الله، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وبه قال ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، واختاره ابن حزم[٣].

قال ابن حزم: «الشفعة واجبة وإن كانت الأجزاء مقسومة إذا كان الطريق إليها واحدًا متملكًا نافذًا أو غير نافذ لهم، فإن قسم الطريق، أو كان نافذًا غير متملك لهم فلا شفعة حينئذ، كان ملاصقًا أو لم يكن»[٤].

---

(١) المغني (٥/ ١٧٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٦).

(٣) أعلام الموقعين (٢/ ١٤٩)، وقال ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٨٣): «وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال، أعدلها هذا القول أنه إن كان شريكًا في حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا». وانظر الإنصاف (٦/ ٢٥٥).

(٤) المحلى، مسألة (١٦١٢).

□ دليل من قال: الشفعة للشريك فقط:

الدليل الأول:

(ح-٦٢١) ما رواه البخاري من طريق عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر رضي الله عنه، **جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة**[(١)].

ورواه البخاري من طريق عبد الواحد، عن معمر به، بلفظ: (**قضى رسول ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم...**) وذكر بقية الحديث[(٢)].

ورواه البخاري من طريق هشام، عن معمر به، بلفظ: (**إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم...**) وذكر بقية الحديث[(٣)].

وإذا كانت لفظة (قضى) ولفظة (جعل) بمعنى، تبقى لفظة الحصر في رواية هشام بن يوسف قد يقال: إن فيها زيادة معنى، ولم ينفرد فيها هشام بن يوسف بل تابعه عليها خارج الصحيح عبد الرزاق الصنعاني، وعبد الرزاق وهشام من أثبت أصحاب معمر، فهما يمنيان، ومعمر يمني، ورواية من سمع من معمر باليمن أصح ممن سمع منه بالبصرة[(٤)].

---

(١) البخاري (٢٢١٣).

(٢) البخاري (٢٢٥٧).

(٣) البخاري (٢٤٩٥).

(٤) جاء في شرح علل الترمذي لابن رجب (ص٧٠٦): «قال ابن عسكر: سمعت أحمد ابن حنبل يقول: إذا اختلف أصحاب معمر، فالحديث لعبد الرزاق...

وقال الدارقطني: أثبت أصحاب معمر: هشام بن يوسف، وابن المبارك».

وقد تابع عبد الرزاق هشاما في رواية الحديث على سبيل الحصر بلفظ (إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم.
=

وجه الاستدلال من الحديث:

قوله ﷺ: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) دل على أمرين:

الأول: أن الشفعة في العقار المشترك الذي تمكن قسمته دون غيره لقوله ﷺ: (في كل ما لم يقسم) فنص على أنها في العقار المشاع مما يحتمل القسمة؛ لأن الذي لا يحتملها لا يحتاج إلى نفيه.

الثاني: أن الجار ليس له حق في الشفعة؛ لقيام الحدود وتميزها، فإذا كانت الشفعة لا تثبت للشريك إذا قاسم وعرفت الحدود فالجار الملاصق الذي لم يقاسم أبعد من ذلك.

الثالث: أن الحديث بلفظ (إنما جعل الشفعة في كل ما لم يقسم...) فكلمة (إنما) تدل على نفي الشفعة لغير الشريك... لأن كلمة الحصر تعمل بركنيها، فهي مثبتة للشيء نافية لما سواه، فثبت أن لا شفعة في المقسوم[1].

= رواه أحمد في المسند (٣/ ٢٩٦)، ومن طريق أحمد أخرجه أبو داود (٣٥١٤).
وعبد بن حميد في مسنده (١٠٨٠)
ومحمد بن يحيى كما في سنن ابن ماجه (٢٤٩٩)، ومنتقى ابن الجارود (٦٤٣).
ومحمد بن علي ومحمد بن سهل كما في الإقناع لابن المنذر.
ونوح بن حبيب كما في صحيح ابن حبان (٥١٨٤)
وأحمد بن منصور الرمادي كما في سنن الدارقطني (٤/ ٢٣٢).
وأحمد بن يوسف السلمي كما في سنن البيهقي (٦/ ١٠٢) سبعتهم رووه عن عبد الرزاق بلفظ: (إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم). فثبت أن هذه اللفظة لم ينفرد فيها هشام ابن يوسف، وأنها محفوظة في هذا الحديث، والحمد لله.
وهو في مصنف عبد الرزاق (١٤٣٩١).

(١) انظر معالم السنن للخطابي (٣/ ١٥٢).

وأجيب عن هذا الحديث بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول:

ذهب أبو حاتم الرازي إلى أن قوله: (**فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**) مدرج من كلام جابر، وليس من كلام الرسول ﷺ، لأن لفظ الحديث مكون من جملتين: أحدهما حكاية من جابر عن قضاء النبي ﷺ: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم) فهذا اللفظ ليس لفظ النبي ﷺ، وإنما هو لفظ جابر حكاية عن حكم النبي ﷺ.

والجملة الثانية (**فإذا وقعت الحدود**...) هذه جملة قولية، فالذين يرون أنها من قول النبي ﷺ يرون الالتفات من حكاية جابر رضي الله عنه لقضاء النبي ﷺ إلى نقل جابر لقول النبي ﷺ، دون أن يكون هناك دليل على هذا الالتفات، ولو كان هذا القول صادرًا من النبي ﷺ لاقتضى ذلك أن يقول جابر، وقال: فإذا وقعت الحدود، ليفصل جابر بين حكايته، وبين قول النبي ﷺ فلما لم يذكر القول للنبي صارت الجملة القولية من جابر أيضًا، وليس في الحديث ما يدل على أنه من قول النبي ﷺ[١].

جاء في العلل لابن أبي حاتم: «سألت أبي عن حديث رواه معمر، عن

---

(١) ولهذا أمثلة من السنة، منها ما رواه البخاري (٥٣٠) ومسلم (١٧) من حديث ابن عباس في قصة وفد عبد القيس لما أتوا النبي ﷺ، وفيه: فأمرهم بأربع، ونهاهم عن أربع.
أمرهم بالإيمان بالله وحده، قال: **أتدرون ما الإيمان بالله وحده**...
ونهاهم عن أربع، عن الحنتم والدباء والنقير، والمزفت، وربما قال المقير. وقال: **احفظوهن، وأخبروا بهن من رواءكم**.
فهنا الصحابي لما انتقل من حكاية ما أمر به النبي وما نهى عنه إلى قول النبي ﷺ جاء بلفظ: قال؛ ليبين أن القول قول الرسول ﷺ.

الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر، قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم... وذكر الحديث.

قال أبي: عندي أن كلام النبي ﷺ هذا القدر: (إنما جعل النبي ﷺ الشفعة فيما لم يقسم) قط.

ويشبه أن يكون بقية الكلام هو كلام جابر: (فإذا قسم ووقعت الحدود فلا شفعة) والله أعلم.

قلت له: بم استدللت على ما تقول؟ قال: لأنا وجدنا في الحديث: إنما جعل النبي ﷺ الشفعة فيما لم يقسم تم المعنى، فإذا وقعت الحدود فهو كلام مستقبل، ولو كان الكلام الأخير عن النبي ﷺ كان يقول: إنما جعل النبي الشفعة فيما لم يقسم، وقال: إذا وقعت الحدود، فلما لم نجد ذكر الحكاية عن النبي ﷺ في الكلام الأخير استدللنا أن استقبال الكلام الأخير من جابر؛ لأنه هو الراوي عن رسول الله ﷺ هذا الحديث...»[1].

ورد هذا الاعتراض:

بأن الإدراج لا يثبت بالاحتمال، والأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل، كمجيء رواية مبينة للقدر المدرج، أو استحالة أن النبي ﷺ يقوله، وقد سئل الإمام أحمد عن هذا الحديث، فلم ير الإدراج، وقد نقل صالح بن الإمام أحمد أنه رجح رفعها[2].

جاء في مسائل أحمد رواية أبي الفضل: «قلت: حديث الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر: (إنما قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم،

(١) العلل لابن أبي حاتم (١/ ٤٧٨).

(٢) فتح الباري (٤/ ٤٣٧)، شرح الزرقاني (٣/ ٤٧٧).

فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، قوله: فإذا وقعت الحدود فلا شفعة في الحديث عن جابر، عن النبي ﷺ، أو هو من كلام أبي سلمة؟

قال: معمر يقول: عن أبي سلمة، عن جابر، عن النبي ﷺ. وصالح بن أبي الأخضر، كذا يقول أيضًا.

ورواه مالك، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة مرسلًا قالا: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[(١)].

الجواب الثاني:

الاختلاف في وصله وإرساله، فرواه عبد الرزاق وعبد الواحد بن زياد، وهشام بن يوسف، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر موصولًا، وسبق تخريج هذه الطرق.

وتابعه صالح بن أبي الأخضر، عن الزهري به[(٢)].

وخالفهم صفوان بن عيسى فرواه عن معمر عن أبي سلمة مرسلًا[(٣)]، ورجاله ثقات.

وعبد الرزاق ومن معه مقدمون على صفوان بن عيسى، فالمحفوظ من رواية معمر أنها متصلة إلى جابر رضي الله عنه.

---

(١) مسائل الإمام أحمد رواية أبي الفضل (٢/ ٢٨٢) رقم ٨٩٠ .

(٢) مسند أبي داود الطيالسي (١٦٩١)، ومسند الإمام أحمد (٣/ ٣٧٢)، وسنن البيهقي الكبرى (٦/ ١٠٣)، والكامل في الضعفاء (٤/ ٦٥)، والكفاية في علم الرواية (ص٢٥٦).

(٣) سنن النسائي (المجتبى) (٤٧٠٤)، وفي السنن الكبرى له أيضًا (٦٣٠٣).

ورواه مالك عن الزهري، واختلف على مالك فيه:

فروي عن مالك، عن الزهري، عن أبي سلمة وسعيد بن المسيب، عن أبي هريرة متصلًا[١].

فجعله من مسند أبي هريرة، وقد رواه معمر عن الزهري من مسند جابر.

وروي عن مالك، عن الزهري، عن أبي سلمة، وسعيد بن المسيب مرسلًا[٢].

ولم ينفرد مالك بإرساله، بل تابعه يونس بن يزيد، فرواه عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلًا ورجاله ثقات[٣].

وروي عن مالك، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، أو عن أبي سلمة، عن أبي هريرة بالشك.

---

(١) رواه عن مالك متصلًا:
أبو عاصم الضحاك بن مخلد كما في سنن ابن ماجه (٢٤٩٧)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢١)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٣).
وعبد الملك بن عبد العزيز الماجشون كما في السنن الكبرى للنسائي (١١٧٣٢) وشرح معاني الآثار (٤/ ١٢١)، وصحيح ابن حبان (٥١٨٥)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٠٣).
وابن أبي قتيلة كما في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢١)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٣).
وقال ابن عبد البر في التمهيد (٦/ ٣٦): «واختلف فيه عن ابن وهب، عن مالك، فروي عنه مرسلًا، كما في الموطأ، وروي عنه مسندًا كرواية ابن الماجشون ومن تابعه».

(٢) الموطأ (٢/ ٧١٣).
ورواه عن مالك مرسلًا كل من:
وكيع كما في مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥٢٠).
والقعنبي كما في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢١) وسنن البيهقي (٦/ ١٠٣).
وابن وهب كما في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢١).
والشافعي كما في مسنده (ص١٨١).

(٣) سنن البيهقي (٦/ ١٠٣).

وكذا رواه ابن جريج، عن أبي سلمة أو عن سعيد بن المسيب، أو عنهما جميعًا، عن أبي هريرة[١].

فتارة يروى مرسلًا، وتارة يروى موصولًا، وتارة من مسند جابر، وتارة من مسند أبي هريرة.

وأجيب:

صحح الإمام أحمد حديث جابر كما نقلناه عنه من رواية ابنه أبي الفضل وصحح البخاري والدارقطني أيضًا رواية مالك المتصلة إلى جابر رضي الله عنه، وصحح الدارقطني أيضًا رواية مالك المتصلة إلى أبي هريرة، ولم يعل هاتين الروايتين بالإرسال[٢].

والرواية المرسلة عن مالك صحيحة أيضًا ثابتة عنه، رواه كبار أصحابه، كالرواية المتصلة، وقد يرسل مالك الحديث، وهو متصل عنده، وهذا معروف عنه، خاصة أن الرواية المتصلة لم ينفرد بها عن مالك راو واحد حتى يمكن القول بشذوذها، كيف وقد توبع مالك في الحديث متصلًا إلى أبي هريرة.

---

(١) سنن أبي داود (٣٥١٥).

(٢) قال الدارقطني في العلل (٩/ ٣٤١): «والصواب في حديث مالك رحمه الله المتصل في حديث أبي هريرة، وقول من قال: عن أبي سلمة، عن جابر فهو محفوظ أيضًا».
واستدل على ذلك بأنه رواه عن مالك متصلًا إلى أبي هريرة كل من الضحاك بن مخلد، وعبد الملك ابن عبد العزيز الماجشون، وابن أبي قتيلة، كلهم رووه عن مالك، عن الزهري، عن أبي سلمة، وعن سعيد، عن أبي هريرة.
وزاد عليهم ابن عبد البر في الاستذكار (٢١/ ٢٦٢) والتمهيد (٧/ ٣٦) أبا يوسف وسيد ابن داود الزنبري. فهؤلاء خمسة من الرواة رووه عن مالك من مسند أبي هريرة.
وتابع مالكًا على هذا ابن جريج، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة، أو عن سعيد بن المسيب، أو عنهما جميعًا، عن أبي هريرة.

وقد ضعف الحافظ ابن حجر حديث أبي هريرة، ولم ير من الحديث محفوظًا إلا حديث جابر، ومرسل ابن المسيب.

قال الحافظ: «اختلف على الزهري في هذا الإسناد، فقال مالك: عنه، عن أبي سلمة، وابن المسيب مرسلًا، كذا رواه الشافعي وغيره.

ورواه أبو عاصم والماجشون عنه، فوصله بذكر أبي هريرة. رواه البيهقي.

ورواه ابن جريج، عن الزهري كذلك، لكن قال: عنهما، أو عن أحدهما. رواه أبو داود. والمحفوظ روايته عن أبي سلمة، عن جابر موصولًا، وعن ابن المسيب مرسلًا، وما سوى ذلك شذوذ ممن رواه»[1].

ورأي الدارقطني أقرب للصواب، وعلى كل حال فإن رواية جابر في الصحيح، وهي كافية في الاحتجاج بالمقصود، والله أعلم.

الجواب الثالث:

قوله ﷺ: **(فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)** فيه نفى الشفعة بشرطين: وقوع الحدود، وتصريف الطرق، والمنفي بوجود شرطين لا ينتفي عند وجود أحدهما، بل لابد من اجتماعهما، فإذا وقعت الحدود، ولم تصرف الطرق فالشفعة باقية، وهذا جواب من قال: إن الشفعة بين الجارين إذا كان بينهما حق مشترك، وهذا أقوى الأجوبة، والله أعلم.

الدليل الثاني:

(ح-٦٢٢) ما رواه مسلم من طريق أبي خيثمة، عن أبي الزبير، عن جابر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: **من كان له شريك في ربعة، أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك.**

---

(١) الفتح (٤/ ٤٣٦)، وسيأتي مزيد تخريج لهذا الحديث في مسألة الشفعة في المنقول.

ورواه مسلم من طريق عبد الله بن إدريس، عن ابن جريج، عن أبي الزبير به، بلفظ: **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه، فهو أحق به.**

ورواه مسلم من طريق ابن وهب، عن ابن جريج، أن أبا الزبير أخبره، أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله ﷺ: **الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه**[1].

وجه الاستدلال:

قوله: (**الشفعة في كل شرك. . .**) فـ (أل) في كلمة (الشفعة) للمعهود، فإن لم

---

(١) صحيح مسلم (١٦٠٨)، حديث جابر في الشفعة رواه البخاري من طريق أبي سلمة، عن جابر، وذكرت لفظه في الدليل الأول.
ورواه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر كما في هذا اللفظ.
وقد جعل الحميدي في الجمع بين الصحيحين حديث أبي سلمة عن جابر من أفراد البخاري.
وجعل رواية أبي الزبير عن جابر من أفراد مسلم، وهذا ذهاب من الحميدي رحمه الله إلى أنهما حديثان، وليسا حديثًا واحدًا.
وتعجب من ذلك ابن الأثير رحمه الله في جامع الأصول، قال ابن الأثير: (١/ ٥٨٢): رأيت الحميدي رحمه الله قد جعل هذا الحديث من أفراد البخاري، وأفراد مسلم، ولم يذكره في المتفق عليه، وما أعلم السبب في ذلك، لعله قد عرف فيه ما لم نعرفه. اهـ
وفعل الحميدي هو الصواب، وإن كان موضوع الحديثين الشفعة إلا أن كل حديث قد تكلم في شأن من الشفعة لم يتطرق له الحديث الآخر، فلو كانا حديثًا واحدًا لاقتضى من الباحث ترجيح أحد اللفظين، ولا شك أن رواية أبي سلمة عن جابر مقدمة على رواية أبي الزبير، خاصة وقد تقوت رواية أبي سلمة بمرسل سعيد بن المسيب، وحديث أبي هريرة، إلا أن الراجح أنهما حديثان، أحدهما تكلم في شفعة الشريك الذي لم يقاسم، والآخر تكلم في استئذان الشريك قبل البيع، والله أعلم.

يكن فللجنس، وليس هنا معهود ينصرف إليه، فكان للجنس، ومعناه: أنه ﷺ حصر جنس الشفعة في كل شرك، فخرج ما عداه، من جار ونحوه، كما قال ﷺ: الأئمة من قريش، فدل على حصرها فيهم، والله أعلم[١].

وأجيب عن الحديث بجوابين:

الجواب الأول:

ضعف ابن حزم الحديث جملة، قال: «قد جاء هذا الخبر من طريق أبي الزبير، عن جابر، وفيه: «لم يذكر فيه أبو الزبير سماعًا من جابر، وهو قد اعترف على نفسه بأن ما لم يذكر فيه سماعًا فإنه حدث به من لم يسمه عن جابر»[٢].

ويرد على هذا:

بأن مسلمًا قد أخرجه من طريقين، عن أبي الزبير:

أحدهما: عن أبي خيثمة، عن أبي الزبير، ولم يذكر سماعًا.

والثاني: ابن جريج، عن أبي الزبير، رواه مسلم من طريقين عن ابن جريج أحدهما عبد الله بن إدريس، ولم يذكر سماعًا، والثاني عبد الله بن وهب، وقد صرح فيه أبو الزبير بالسماع من جابر، وقد نقلت كل هذه الطرق حين الاستدلال، والحمد لله.

وقد رواه الحميدي في مسنده من طريق سفيان - يعني ابن عيينة - قال: حدثنا أبو الزبير غير مرة ولا مرتين أنه سمع جابر بن عبد الله[٣].

---

(١) انظر البرهان في أصول الفقه للجويني (١/ ٣١٨)، العناية شرح الهداية (١٣/ ٤٢٤).
(٢) المحلى (٨/ ١٢)، مسألة: ١٥٩٥ .
(٣) مسند الحميدي (١٢٧٢).

قلت هذا مع أن أبا الزبير ليس مدلسًا، وإنما على التسليم بأنه مدلس وأنه مكثر من التدليس فالعلة مندفعة[١].

واللفظة التي يمكن أن تكون غير محفوظة في الحديث من طريق أبي الزبير، وهي محفوظة من حديث أبي سلمة عن جابر، وإعلالها لا يكون إعلالًا لجملة الحديث، هي لفظة (لم يقسم) في قوله: (في كل شرك لم يقسم) فلم يقل أحد في حديث أبي الزبير عن جابر (لم يقسم) إلا ابن إدريس، فيما رواه ابن جريج عنه.

قال الدارقطني: «لم يقل: (لم يقسم) في هذا الحديث إلا ابن إدريس، وهو من الثقات الحفاظ»[٢].

وكونه من الثقات الحفاظ لا يعني أنه لا يقع في خطأ أو وهم، ولم يسلم من ذلك أحد، ولا يقدح ذلك في الثقة حتى يكثر ذلك منه[٣]، وقد روى الحديث هذا جمع عن ابن جريج، وهم من الحفاظ أيضًا، ولم يذكروا ما ذكره ابن إدريس، كما رواه جمع من الحفاظ عن أبي الزبير ولم يذكروا هذه اللفظة في حديثه، واتفاقهم على عدم ذكرها، ومخالفة ابن إدريس لهم دليل على وهمه وحفظهم[٤].

---

(١) سنن الدارقطني (٤/ ٢٢٤).

(٢) سبق أن بينت في غير هذا الكتاب أن أبا الزبير بريء من التدليس.

(٣) قال الإمام أحمد في علل الحديث ومعرفة الرجال (١/ ١٦٤): «كان مالك من أثبت الناس، وقد كان يخطئ».

وقد قال أحمد: أخطأ ابن عيينة في عشرين حديثًا من حديث الزهري، قال ذلك في مناظرة بينه وبين علي بن المديني، قال أحمد: فرجعت فنظرت فيما أخطأ فيه ابن عيينة فإذا هي أكثر من عشرين حديثًا. العلل ومعرفة الرجال (٢/ ٣٤٩).

(٤) فقد رواه جمع من الحفاظ عن ابن جريج، ولم يذكروا ما ذكره ابن إدريس، من هؤلاء الحفاظ: =

. . . .

= **الأول**: حجاج بن محمد المصيصي، رواه أبو عوانة في مستخرجه (٥٥٢٩).

وحجاج بن محمد مقدم على كل أصحاب ابن جريج، قال يحيى بن معين قال لي المعلى الرازي: قد رأيت أصحاب ابن جريج بالبصرة ما رأيت فيهم أثبت من حجاج بن محمد، قال يحيى: وكنت أتعجب منه، فلما تبينت ذلك إذا هو كما قال، كان أثبتهم في ابن جريج. شرح علل الترمذي (٢/ ٦٨٢)

الثاني: الوليد بن مسلم، كما في صحيح ابن حبان (٥١٧٨).

الثالث: عبد الرزاق، رواه في المصنف (١٤٤٠٣).

الرابع: ابن وهب، رواه مسلم في صحيحه (١٦٠٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٠).

الخامس: إسماعيل بن علية، أخرجه أحمد في مسنده (٣/ ٣١٦)، وأبو داود (٣٥١٣)، والنسائي في المجتبى (٤٦٤٦)، وفي السنن الكبرى (٦٢٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٩).

السادس: سعيد بن سالم، رواه الشافعي عنه في اختلاف الحديث (ص٥٣٥)، وفي مسنده (ص١٨١)، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٤) وفي المعرفة (٤/ ٤٨٨)، وحلية الأولياء (٩/ ١٥٨) رواه بلفظ: (الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة) وقد انقلب عليه حديث أبي الزبير عن جابر، بحديث أبي سلمة عن جابر، فلا يعرف هذا اللفظ من حديث جابر إلا من رواية أبي سلمة، وسعيد بن المسيب، والله أعلم.

كما رواه جمع من الحفاظ عن أبي الزبير، ولم يذكروا ما ذكره ابن إدريس، من هؤلاء:

الأول: الثوري، كما في مصنف عبد الرزاق (١٤٤٠٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥١٩)، ومستخرج أبي عوانة (٥٥٢٧، ٥٥٢٨).

الثاني: سفيان بن عيينة، كما في مسند الإمام أحمد (٣/ ٣٠٧)، وسنن النسائي (المجتبى) (٤٧٠٠)، وسنن النسائي الكبرى (٦٢٩٩)، وسنن ابن ماجه (٢٤٩٢)، ومستخرج أبي عوانة (٥٥٢٤)، والمنتقى لابن الجارود (٦٤١). ومسند أبي يعلى (١٨٣٥)، ومسند الحميدي (١٢٧٢)، وفي رواية الحميدي قال سفيان: حدثنا أبو الزبير غير مرة و لا مرتين أنه سمع جابر ابن عبد الله.

الثالث: زهير بن معاوية، كما في صحيح مسلم (١٦٠٨) وغيره. =

وأرى أنه دخل على ابن إدريس حديث أبي سلمة، عن جابرٍ الذي في البخاري، على حديث أبي الزبير عن جابر، ويبقى الحديث حجة في بابه، وهو الاحتجاج به على ثبوت الشفعة للشريك، والله أعلم.

الجواب الثاني:

أجاب الحنفية عن الحديث بأن ثبوت الشفعة لغير الشريك أفاده أحاديث أخرى، فظهر أن الحصر غير حقيقي[١].

وسوف نأتي على ذكر هذه الأحاديث إن شاء الله تعالى عند ذكر أدلة الحنفية، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

الدليل الثالث:

(ح-٦٢٣) ما رواه ابن حبان في صحيحه من طريق الماجشون، عن مالك، عن الزهري، عن سعيد وأبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: **الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**[٢].

قال ابن حبان: رفع هذا الخبر عن مالك أربعة أنفس، الماجشون،

= الرابع: حجاج بن أرطأة، كما في مسند الإمام أحمد (٣/ ٣١٠، ٣٨٢).
الخامس: الأوزاعي، في المعجم الصغير (٢٥)، والأوسط للطبراني (٢٢٢٠)، وتاريخ أصبهان لأبي نعيم (١/ ٤٤٧).
فهؤلاء عشرة اتفقوا على عدم ذكر ما ذكره ابن إدريس، وإدخال الوهم عليه أقرب من إدخال الوهم على أصحاب ابن جريج، وفيهم أثبت أصحابه حجاج بن محمد، وأقرب من إدخال الوهم على أصحاب أبي الزبير أيضًا، وفيهم ابن عيينة، والثوري، وزهير بن معاوية، والله أعلم.

(١) انظر البحر الرائق (٥/ ١٤٣).

(٢) صحيح ابن حبان (٥١٨٥).

وأبو عاصم، ويحيى بن أبي قتيلة، وأشهب بن عبد العزيز، وأرسله عن مالك سائر أصحابه، وهذه كانت عادة لمالك، يرفع في الأحايين الأخبار، ويوقفها مرارًا، ويرسلها مرة، ويسندها أخرى على حسب نشاطه، فالحكم أبدًا لمن رفع عنه وأسند بعد أن يكون ثقة حافظًا متقنًا»(١).

[صحيح](٢).

وجه الاستدلال:

حديث أبي هريرة في الدلالة كحديث جابر رضي الله عنه، وقد ذكرنا وجه الاستدلال منه بالدليل الأول، وما كان جوابًا عن ذاك، كان جوابًا عن هذا، والله أعلم.

الدليل الرابع:

الشفعة ثبتت للشريك إجماعًا على خلاف الأصل، لمعنى معدوم في محل النزاع، وهي الشفعة لغير الشريك، فلا تثبت فيه.

وبيان انتفاء المعنى: هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك، فيتأذى به، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق(٣).

وأجيب:

لو كانت الشفعة لدفع ضرر القسمة إذا طالب بها الشريك لثبتت الشفعة في العروض دفعًا لضرر القسمة، فلما لم تثبت في العروض دل على أن العلة ليست دفع ضرر القسمة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) سبق تخريجه مع حديث جابر، انظر الدليل الأول.

(٣) انظر المغني (٥/ ١٧٩).

ويجاب عنه:

بأن الشفعة لدفع الضرر، وهذا الضرر تارة يأتي بسبب الشركة، وتارة يأتي بسبب المقاسمة، فالضرر جنس يشمل هذا وهذا، ولم يبين الشارع نوع الضرر المدفوع، وإنما المتفق عليه أن الشفعة شرعت لدفع الضرر، وهذا الضرر لا يوجد في العروض لأنها متنقلة، فلا ضرر في الشراكة بها، ولا في مقاسمتها بخلاف العقار، فإنه ثابت دائم، والله أعلم.

❑ دليل الحنفية على إثبات الشفعة في الجوار والشركة في الحقوق:

الدليل الأول:

(ح-٦٢٤) ما رواه أحمد، قال: حدثنا هشيم، أنا عبد الملك، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: **الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا.**

[أعل الحديث ابن معين والبخاري وشعبة ويحيى بن سعيد القطان وابن عبد البر، وقال الإمام أحمد: هذا حديث منكر.

قلت: علته تفرد به عبد الملك، عن عطاء عن جابر، والمحفوظ من حديث جابر أن الشفعة في الشريك وليس في الجار][1].

---

(١) انظر العلل ومعرفة الرجال برواية عبد الله (٢/ ٢٨١)، التمهيد (٧/ ٤٧، ٤٨)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٠٢)، نصب الراية (٤/ ١٧٤)، والسنن الصغرى للبيهقي نسخة الأعظمي(٥/ ٣٩٤)، شرح الزرقاني (٣/ ٤٧٧)، قال الترمذي كما في العلل (ص٢١٦): سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال لا أعلم أحدًا رواه عن عطاء غير عبد الملك بن أبي سليمان، وهو حديثه الذي تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا.

ولعله رفع هذا الحديث إلى النبي، وهو من قول عطاء؛ جاء في مسائل أبي داود (ص٢٩٦)، قال أحمد: هو ثقة. قلت: يخطئ؟ قال: نعم، وكان من حفاظ أهل الكوفة إلا أنه رفع أحاديث عن عطاء. =

ورد هذا الجواب:

قال ابن عبد الهادي: «واعلم أن حديث عبد الملك حديث صحيح، ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة، فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحدًا، وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط تصرف الطرق، قاله الحنابلة، فنقول: إذا اشترك الجاران في المنافع كالبئر أو السطح، أو الطريق فالجار أحق بصفقة جاره كحديث عبد الملك، وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر المشهور، وهو أحد الأوجه الثلاثة في مذهب أحمد، وطعن شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا

= [تخريج الحديث]:

رواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٣٩٦).

وابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥١٨) وفي المسند كما في إتحاف الخيرة المهرة (٣/ ٣٦٢) من طريق عبدة.

ورواه أيضًا في ابن أبي شيبة المصنف (٤/ ٣٨٤) وفي مسنده كما في إتحاف الخيرة المهرة (٣/ ٣٦٢) من طريق علي بن مسهر.

وأبو داود الطيالسي (١٦٧٧)، وأحمد (٣/ ٣٠٣) وأبو داود السجستاني (٣٥١٨)، وابن ماجه (٢٤٩٤) من طريق هشيم.

والترمذي (١٣٦٩) من طريق خالد بن عبد الله الواسطي، وقال: غريب.

والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٠) من طريق شجاع بن الوليد.

ورواه ابن أبي شيبة في المسند كما في إتحاف الخيرة المهرة (٣/ ٣٦٢)، والدارمي في السنن (٢٦٢٧)، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٣/ ٣١) من طريق يعلى بن عبيدة.

ورواه ابن أبي شيبة في مسنده كما في إتحاف الخيرة المهرة (٣/ ٣٦٢) من طريق يزيد بن هارون.

والطبراني في المعجم الأوسط (٥٤٦٠) من طريق القاسم بن معن.

والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٦) من طريق إسحاق بن يوسف الأزرق، كلهم عن عبد الملك ابن سليمان به.

يقدح في عبد الملك، فإن عبد الملك ثقة مأمون، وشعبة لم يكن من الحذاق في الفقه، وطعن من طعن فيه إنما هو تبعًا لشعبة»[١].

قلت: إذا كان شعبة ليس من الحذاق في الفقه فإن الإمام البخاري من المقدمين فيه، وتراجمه تشهد لدقة استنباطه، وقد قال الإمام البخاري: «لا أعلم أحدًا رواه عن عطاء غير عبد الملك بن أبي سليمان، وهو حديثه الذي تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا».

فأثبت مخالفة حديث عبد الملك لغيره ممن رواه عن جابر، وقد استنكره الإمام أحمد، وهو إمام في الفقه كما هو إمام في الأثر، وضعفه ابن عبد البر في التمهيد، وهو محسوب على الفقهاء، واعتقاد أن الأئمة تابعوا شعبة في الطعن في عبد الملك ليس بسديد، فقد قال الإمام أحمد كما في مسائل أبي داود: هو ثقة. قلت: يخطئ؟ قال: نعم، وكان من حفاظ أهل الكوفة إلا أنه رفع أحاديث عن عطاء»[٢].

فأثبت الإمام أحمد أنه يخطئ ويخالف ليس في حديث واحد، وإنما رفع أحاديث مخالفًا فيها غيره ممن رواها موقوفة على عطاء، وكونه ثقة لا يعني أنه لا يهم ولا يقع منه خطأ.

الدليل الثاني:

(ح-٦٢٥) ما رواه البخاري من طريق ابن جريج، أخبرني إبراهيم بن ميسرة، **عن عمرو بن الشريد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور ابن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ،**

(١) تنقيح التحقيق (٣/ ٥٨).
(٢) مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود (ص٢٩٦).

فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك. فقال سعد: والله ما أبتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما. فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة، أو مقطعة. قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمس مائة دينار، ولولا أني سمعت النبي ﷺ يقول: الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف، وأنا أعطى بها خمس مائة دينار فأعطاها إياه[١].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: (الجار أحق بسقبه) فأثبت الحديث الشفعة للجار بسبب قربه من الدار.

وأجيب عن هذا الحديث بجوابين:

الجواب الأول:

معنى قوله (أحق بسقبه) جاء في مختار الصحاح: السقب بفتحتين القرب[٢]، فمعنى الحديث (الجار أحق بقربه) فالحديث ليس فيه ذكر الشفعة، فيحتمل أن يكون المراد منه الشفعة، ويحتمل أن يراد به الجار أحق بالبر والإحسان والمعروف والمعونة لقربه، وإذا كان الحديث محتملًا فلا يعارض به حديث جابر في البخاري الصريح في حصر الشفعة في الشريك، ولفظه: (إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم...) الحديث.

ولذلك بَرَّ أبو رافع سعدًا بالثمن، وأعطاه إياه بأقل من ثمنه بكثير محتجًا بهذا الحديث بأنه أحق بهذا البر من البعيد لقربه، والشفعة لا تعطي هذا الحق للشريك.

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٥٨).

(٢) مختار الصحاح (١/ ١٢٨).

قال ابن بطال في شرح البخاري «لا خلاف بين العلماء أنه لا يجب على الشريك أن يعطي شريكه الشقص الذي يريد بيعه بأقل من ثمنه»[١]، وإنما حرص أبو رافع على نفع جاره؛ مستدلًا بهذا الحديث لا بحديث الشفعة؛ لأنه أحق بهذا البر من البعيد، وليس لأنه أحق بالشفعة؛ والكلام في حديث أبي رافع عن البيع والشراء، ولا علاقة له بالشفعة؛ لأنه قال: اشتر بيتي الذين هما في دارك، فقال: والله لا أشتريهما... والشفعة هي انتزاع الملك بعد بيعه من المشتري بثمنه الذي اشتراه به، وقد حرص أبو رافع على إلزام سعد بالشراء طلبًا لنفعه، والإلزام بالشفعة لمن لا يريدها ليس مستحبًا فضلًا أن يكون واجبًا.

لكن قال المحتجون به: إذا كان جاره أولى بأن يشتري منه، فكذلك جاره أولى بأن يشفع عليه، فتكون دلالة الحديث على الشفعة من باب القياس واللزوم، وليس من باب النص.

وهذا القياس فيه نظر؛ لأن البر جنس يشمل أمورًا كثيرة، وهي من باب الإحسان غير الواجب، ومنه نفعه بالبيع والشراء بأقل من ثمن المثل، والشفعة واجبة لصاحبها وإن كره البائع والمشتري.

ويدل على أن المراد أحق بالبر والمعونة أن الحنفية الذين قالوا بالشفعة للجار لا يأخذون بظاهر هذا الحديث، فإن الحديث يقول: (الجار أحق) والاتفاق منعقد على أن الشريك أحق من الجار، وأن الجار لا يقدم على الشريك.

جاء في الفتح: «حديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقًا؛ لأنه يقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، والذين قالوا بشفعة الجار قدموا الشريك مطلقًا، ثم المشارك في الطريق، ثم الجار على من ليس

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٦/ ٣٨١).

بمجاور، فعلى هذا يتعين تأويل قوله: (أحق) بالحمل على الفضل والتعهد، ونحو ذلك»[١].

والحنفية يقولون الشفعة إنما هي للجار الملاصق، وأما الجار المقابل فليس له شفعة، بينما عائشة رضي الله عنها روت أنها قالت: يا رسول الله إن لي جارين فإلى أيهما أهدي. قال: إلى أقربهما منك بابًا. يعني ولو كان غير ملاصق.

الجواب الثاني:

على التنزل أن يكون المراد بالحديث الشفعة، فيحمل الجار على الشريك جمعًا بين حديث جابر وهذا الحديث، واسم الجار يقع على الشريك؛ لأنه يجاور شريكه بأكثر من مجاورة الجار، فإن الجار لا يساكنه، والشريك يساكنه في الدار، خاصة أن هذين البيتين جزء من دار سعد، ولذلك دعاه إلى الشراء بأقل مما أعطاه غيره.

وقد قيل لضرة المرأة (جارة) لأنها تشارك ضرتها في زوجها.

وسميت امرأة الرجل جارته، للمصاحبة، قال الأعشى:

أجارتنا بيني فإنك طالقة...

فكذلك الشريك يسمى جارًا لما بينهما من الاختلاط بالشركة.

قال ابن بطال: «الجار أحق بصقبه عند أهل الحجاز على وجهين:

أحدهما: أن يراد به الشريك، ويكون حقه الأخذ بالشفعة دون غيره، وهو أولى الوجهين لما تقدم من الدلائل.

الوجه الثاني: يحتمل أن يراد به الجار غير الشريك، ويكون حقه غير

(١) فتح الباري (٤/ ٤٣٨).

الشفعة، فيكون جار الرحبة يريد الارتفاق بها، ويريد مثل ذلك غير الجار، فيكون الجار أحق بصقبه. . . فإذا اجتمع فيها الجار ومن ليس بجار وجب إيثار الجار على من ليس بجار من طريق مكارم الأخلاق وحسن الجوار، لا من طريق الفرض اللازم، فقد أوصى الله بالجار، فقال: ﴿وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ﴾ [النساء: ٣٦].

وقال ﷺ: **ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه.**

وإذا احتمل هذا كله الحديث المجمل، ثم فسره بحديث آخر بقوله: **(فإذا وقعت الحدود فلا شفعة)** كان المفسر أولى من المجمل»[1].

الدليل الثالث:

(ح-٦٢٦) ما رواه أحمد من طريق همام، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: **جار الدار أحق بالدار من غيره**[2].

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٦/ ٣٨١، ٣٨٢).

(٢) المسند (٥/ ٨).

الحديث رواه أصحاب قتادة، عنه، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي ﷺ.

وروي من طريق قتادة، عن أنس مرفوعًا.

وروي عن الحسن، عن النبي ﷺ مرسلًا.

والمحفوظ فيه قتادة، عن الحسن، عن سمرة.

فقد رواه أصحاب قتادة الكبار عن قتادة، منهم:

الأول: همام، رواه أحمد كما في إسناد الباب (٥/ ٨، ١٣)، ومعجم الطبراني (٦٨٠٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٠٦).

الثاني: هشام الدستوائي، عن قتادة، رواه أبو داود الطيالسي (٩٠٤)، وأحمد (٥/ ١٨)، والطبراني في المعجم الكبير (٦٨٠٧).

الثالث: حماد بن سلمة، رواه أحمد في المسند (٥/ ١٧، ٢٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣). =

. . . .

= الرابع: شعبة، رواه أحمد في المسند (٥/ ١٨) وأبو داود في السنن (٣٥١٧)، والبزار في مسنده (٤٥٣٩)، وابن الجعد في مسنده (٩٨٥، ١٣٥٣، ١٣٥٤)، والطبراني في المعجم الكبير (٦٨٠١)، وابن الجارود في المنتقى (٦٤٤)، والروياني في مسنده (٧٨٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣)، وأبو نعيم في أخبار أصبهان (٢/ ٢٩٧).

الخامس: عمر بن إبراهيم، كما في معجم الطبراني (٦٨٠٦): كلهم رووه عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، لم يختلف عليهم في إسناده.

ووراه سعيد بن أبي عروبة، واختلف عليه فيه:

فرواه عبدة بن سليمان كما في مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥١٨)،

وعبد الوهاب بن عطاء كما في مسند أحمد (٥/ ١٢).

وابن علية كما في المسند أيضًا (٥/ ١٣)، والترمذي (١٣٦٨).

والمحاربي كما في مسند الروياني (٨٢٣، ٨٢٤).

والحسن بن صالح كما في المعجم الكبير للطبراني (٦٨٠٤)، كلهم رووه عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة كرواية الجماعة.

ورواه عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة، واختلف عليه:

فرواه إسحاق بن راهوية كما في المعجم الكبير للطبراني (٦٨٠٣) والأوسط (٨١٤٦).

وأحمد بن جناب وعلي بن بحر بن بري كما في شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٢) ثلاثتهم، عن عيسى بن يونس، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، كرواية الجماعة.

ورواه علي بن بحر كما في شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٢)، ومسند البزار (٧١١٩).

وأحمد بن جناب كما في شرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٢)، وتاريخ ابن أبي خيثمة (٤٧٢٢)، والأحاديث المختارة (٢٥٥١).

وإسحاق بن راهوية كما في سنن النسائي الكبرى (١١٧١٣)، وصحيح ابن حبان (٥١٨٢) والمعجم الأوسط للطبراني (٨١٤٦)، والأحاديث المختارة للمقدسي(٢٥٥٢).

وعلي بن خشرم كما في علل الترمذي (ص٢١٤) وتاريخ بغداد (١١/ ٣٤٢).

كلهم عن عيسى ابن يونس، قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن أنس.

وقد انفرد عيسى بن يونس بجعله من مسند أنس، وهو غير محفوظ. =

. . . .

= قال الترمذي في السنن (٣/ ٦٥٠): «روى عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة عن أنس، عن النبي ﷺ. . . والصحيح عند أهل العلم حديث الحسن، عن سمرة، ولا نعرف حديث قتادة عن أنس إلا من حديث عيسى بن يونس».

وفي علل الترمذي (ص٢١٤): «سألت محمدًا عن هذا الحديث - يعني حديث أنس - فقال: الصحيح حديث الحسن، عن سمرة».

وقال أبو زرعة وأبو حاتم الرزاي كما في العلل لابن أبي حاتم (١/ ٤٧٧): «قالا: هذا خطأ». يعني جعله من مسند أنس.

وقال الدارقطني: «رواه عيسى بن يونس، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن أنس، ووهم فيه، وغيره يرويه عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة. وكذلك رواه شعبة وغيره عن قتادة، وهو الصواب».

انظر الأحاديث المختارة للضياء المقدسي (٣/ ١٠٤)، وبيان الوهم والإيهام (٥/ ٤٤٣)، ونصب الراية (٤/ ١٧٣).

ونقل المباركفوري نص الدارقطني في تحفة الأحوذي (٤/ ٥٠٨) وعزاه لسنن الدارقطني، وعبارة الزيلعي تدل على أنه في السنن، ولم أجده في السنن المطبوع.

وقال ابن عبد الهادي كما في المحرر (٩٢٥): «وقد أعل».

وقال الحافظ ابن حجر في إتحاف المهرة (٢/ ٢٠٧): «وهو معلول، وإنما المحفوظ عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة».

وصوب ابن القطان الفاسي الطريقين كما في بيان الوهم والإيهام (٥/ ٤٤٣): واحتج بأن قسام بن أصبغ رواه عن محمد بن إسماعيل، عن نعيم بن حماد، عن عيسى بن يونس، عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة. وعن سعيد، عن قتادة، عن أنس، قال: فروايته للوجهين دليل على أنه كان عند سعيد كذلك.

وهكذا قال البزار في مسنده.

وقد أنكر الإمام أحمد هذا الجمع، ففي مسائل أبي داود (ص٤٠٣) رقم ١٩٠٢: «سمعت أحمد قال: عند عيسى حديث أنس، يعني عن سعيد، عن قتادة، عن أنس، عن النبي ﷺ في الشفعة. قال أحمد: ليس بشيء. فقلت لأحمد: كلاهما عنده؟ أعني عند عيسى، عن عيسى، عن سعيد، عن قتادة، عن أنس. وعن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي ﷺ في الشفعة؟ فلم يعبأ إلى جمعه الحديثين، وأنكر حديث أنس». =

وأجيب عن الحديث بجوابين:

أحدهما: أن الحديث منقطع، الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة[(١)].

الثاني: وعلى فرض سماعه فيجاب عنه بنفس الجواب عن الحديث السابق.

= فلا أظن أن قول ابن القطان والبزار يصمد أمام قول أبي زرعة وأبي حاتم والدارقطني والبخاري والإمام أحمد والترمذي وغيرهم، فهؤلاء إذا أعلوا حديثًا لا أظن أن أحدًا بعدهم يأتي ليقيمه، فإن ظن أحد في نفسه ذلك فإنه الوهم.
كما أن يحيى بن أبي كثير ويونس بن عبيد وحميد الطويل تابعوا قتادة، فرووه عن الحسن، عن سمرة.
رواه الطبراني في المعجم الكبير (٦٩٢٠) من طريق يحيى بن أبي كثير، عن الحسن، عن سمرة.
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣) والبزار في مسنده (٤٥٣٨) من طريق شعبة، عن يونس بن عبيد، عن الحسن، عن سمرة.
ورواه أحمد (٥/ ٢٢) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٣) من طريق حميد، عن الحسن به.
وأما رواية الحسن المرسلة فنقل ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٨٠) عن أبي زرعة أنه قال: «رواه يزيد ابن زريع، وعباد بن العوام، وجماعة عن يونس، عن الحسن، عن النبي ﷺ ليس فيه سمرة».

(١) قال البيهقي في السنن (٨/ ٣٥): «أكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة، وذهب بعضهم إلى أنه لم يسمع منه غير حديث العقيقة» ثم ساق البيهقي بإسناده عن يحيى ابن معين: لم يسمع الحسن من سمرة شيئًا هو كتاب... وأما علي بن المديني فكان يثبت سماع الحسن من سمرة، والله أعلم.
وذكر الزيلعي في نصب الراية أن في سماع الحسن من سمرة (١/ ٨٩): ثلاثة مذاهب:
أحدها: أنه سمع منه مطلقًا. وهذا قول ابن المديني، والترمذي، والحاكم.
القول الثاني: أنه لم يسمع منه شيئًا. قاله ابن معين، واختاره ابن حبان في صحيحه.
القول الثالث: أنه سمع منه حديث العقيقة فقط، قاله النسائي، ومال إليه الدارقطني، واختاره عبد الحق في أحكامه، والبزار في مسنده.

الدليل الرابع:

(ح-٦٢٧) ما رواه أحمد من طريقين، عن عمرو بن شعيب، حدثني عمرو ابن الشريد، **عن أبيه الشريد بن سويد الثقفي، قال: قلت يا رسول الله أرض ليس فيها شرك، ولا قسم إلا الجوار، قال: الجار أحق بسقبه**[(١)].

[في إسناده اختلاف، والمحفوظ من حديث عمرو بن الشريد أنه عن أبي رافع][(٢)].

---

(١) المسند (٤/ ٣٨٩).

(٢) اختلف فيه على عمرو بن الشريد:

فرواه إبراهيم بن ميسرة، عن عمرو بن الشريد، عن أبي رافع كما في صحيح البخاري وغيره، ولعل هذا هو المحفوظ من حديث عمرو بن الشريد، وقد ذكرناه من الأدلة السابقة، وأجبنا عليه.

قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٣/ ٥٧): «في إسناده اختلاف، وقد ذكره النسائي من رواية حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب. قال شيخنا: والمحفوظ حديث عمرو بن الشريد، عن أبي رافع».

ورواه عمرو بن شعيب، واختلف عليه فيه:

فرواه أحمد (٤/ ٣٨٨)، وابن سعد في الطبقات الكبرى (٥/ ٥١٣) من طريق قتادة، عن عمرو بن شعيب، عن الشريد، ولم يذكر عمرو بن الشريد في إسناده.

ورواه الأوزاعي كما في سنن الدارقطني (٤/ ٢٢٤).

وحسين المعلم كما في مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥١٩)، وهو في مسنده أيضًا (٩١١)، ومسند الإمام أحمد (٤/ ٣٨٩، ٣٩٠)، وسنن النسائي المجتبى (٤٧٠٣)، والكبرى (٦٣٠٢)، وسنن ابن ماجه (٢٤٩٦)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٤)، والمعجم الكبير للطبراني (٧٢٥٣)، ومعرفة الصحابة لأبي نعيم (٣٧٦٣).

كلاهما عن عمرو بن شعيب، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه.

ورواه عبد الرزاق (١٤٣٨٠)، وأبو داود الطيالسي (٩٧٣، ١٣٦٨)، وابن أبي شيبة في مسنده (٩١٢)، والإمام أحمد (٤/ ٣٨٩)، وابن الجارود (٦٤٥)، والطبراني في =

الدليل الخامس:

أن المعنى الذي من أجله شرعت الشفعة للشريك موجود في الجار، وذلك أن حق الشفعة إنما ثبت للشريك لدفع أذى الدخيل وضرره، وذلك موجود في الجوار، وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد؛ لأن القسمة ليست بضرر، بل هي تكميل منافع الملك، وهي ضرر غير واجب الدفع؛ لأن القسمة مشروعة، ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعًا لضرر القسمة[(١)].

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول:

أن هذا التعليل نظر في مقابل النص، فيكون فاسدًا، والنص قد جاء صريحًا في حديث جابر: **(فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)**، فإثبات الشفعة للجار بعد تميز حدوده وتصريف طرقه مخالف للحديث الصحيح، والمعارض لهذا الحديث ليس في درجته في الصحة، وهو قابل للتأويل وقد ذكرنا وجه التأويل فيما سبق، والله أعلم.

= المعجم الكبير (٧٢٥٤)، والدارقطني في السنن (٤/ ٢٢٤)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٠٥) من طريق عبد الله بن عبد الرحمن الطائفي.

ورواه أبو نعيم في تاريخ أصبهان (١/ ١٠٩)، والطبراني في المعجم الكبير (٧٢٥٦) من طريق أبي بكر بن عياش، عن يعقوب بن عطاء، كلاهما (الطائفي ويعقوب بن عطاء) عن عمرو ابن الشريد، عن أبيه الشريد.

وعبد الله بن عبد الرحمن بن يعلى، وإن كان فيه ضعف من قبل حفظه إلا أنه قد توبع.

ورواه الدارقطني (٤/ ٢٢٣) من طريق المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن سعيد ابن المسيب، عن الشريد. والمثنى ضعيف، وذكر سعيد بن المسيب ليس معروفًا.

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٥).

الوجه الثاني:

أن المعنى الذي من أجله شرعت الشفعة هو دفع الضرر اللاحق بالشركة، وهو ما توجبه من التزاحم في المرافق والحقوق، وما تحدثه القسمة من إنشاء مرافق جديدة، ونقص في قيمة الملك، وهذا المعنى غير موجود في الجوار، والله أعلم.

☐ دليل من قال: الشفعة للجار إذا كان بينهما حق مشترك:

الدليل الأول:

(ح-٦٢٨) ما رواه البخاري، قال: حدثني محمود، حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، **عن جابر** رضي الله عنه، **جعل رسول الله** ﷺ **الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة**[1].

وجه الاستدلال:

بأن قوله ﷺ: (**فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**) فالحديث نفى الشفعة بشرطين: وقوع الحدود، وتصريف الطرق، والمنفي بوجود شرطين لا ينتفي عند وجود أحدهما، بل لابد من اجتماعهما، فإذا وقعت الحدود، ولم تصرف الطرق فالشفعة باقية، وهذا دليل على قيام الشفعة للجار إذا كان بينهما حق مشترك. وهذا من أقوى الأدلة على ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون بينهما حقوق مشتركة.

الدليل الثاني:

(ح-٦٢٩) ما رواه أحمد، من طريق عبد الملك، عن عطاء، عن جابر بن

---

(١) البخاري (٢٢١٣).

عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: **الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا.**

[رجاله ثقات، والحديث معلول][(١)].

وأجيب عن الحديث:

بأن الحديث وإن كان رجاله ثقاتًا إلا أنه معلول، وقد أعل الحديث ابن معين، والبخاري، وشعبة، ويحيى بن سعيد القطان، وابن عبد البر، وقال الإمام أحمد: هذا حديث منكر. وسبق نقل كل ذلك عن هؤلاء الأئمة في القول الأول.

وأجيب عن هذه العلة:

قال ابن القيم: «والذين ردوا حديث عبد الملك بن أبي سليمان ظنوا أنه معارض لحديث جابر الذي رواه أبو سلمة عنه: (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) وفي الحقيقة لا تعارض بينهما، فإن منطوق حديث أبي سلمة انتفاء الشفعة عند تميز الحدود، وتصريف الطرق، واختصاص كل ذي ملك بطريق، ومنطوق حديث عبد الملك: إثبات الشفعة بالجوار عند الاشتراك في الطريق، ومفهومه: انتفاء الشفعة عند تصريف الطرق، فمفهومه موافق لمنطوق حديث أبي سلمة وأبي الزبير، ومنطوقه غير معارض له»[(٢)].

ويجاب:

بأن العلماء الذين أعلوا الحديث كابن معين والبخاري وشعبة ويحيى

---

(١) سبق تخريجه، والحمد لله.

(٢) تهذيب السنن (٥/ ١٦٧)، وانظر تنقيح التحقيق (٣/ ٥٨).

ابن سعيد القطان وابن عبد البر والإمام أحمد لم يعلوه لاعتقادهم بالمخالفة الفقهية كما تصور ذلك ابن القيم، وإنما أعل بسببين: التفرد، والمخالفة.

فالعلة الأولى: التفرد، حيث تفرد به عبد الملك بن سليمان عن عطاء، ولا يحتمل منه مثل هذا التفرد عن عطاء لتأخر منزلته في الحفظ من بين أصحاب عطاء، بل إن الإمام أحمد قد تكلم في رواية عبد الملك عن عطاء خاصة، فلو كان هذا الحديث من أحاديث عطاء فأين أصحاب عطاء المهتمون بحديثه عن رواية مثل هذا الحديث.

جاء في مسائل أبي داود: «قلت لأحمد: عبد الملك بن أبي سليمان؟ قال: ثقة. قلت: يخطئ؟ قال: نعم، وكان من حفاظ أهل الكوفة إلا أنه رفع أحاديث عن عطاء»[(١)].

وقال أحمد: عبد الملك بن أبي سليمان من الحفاظ إلا أنه كان يخالف ابن جريج - يعني في روايته عن عطاء - وابن جريج أثبت منه عندنا»[(٢)].

ويحضرني من منكراته ما رواه الطحاوي من طريق عبد الملك، عن عطاء، عن أبي هريرة في الإناء يلغ فيه الكلب أو الهر، قال: يغسل ثلاث مرار، وهو يخالف الحديث المرفوع عن أبي هريرة في الصحيحين وغيرها مرفوعة، وفيه الأمر بغسلها سبعًا، ويخالف ما ثبت عن أبي هريرة من قوله بالغسل سبعًا.

---

(١) سؤالات أبي داود لأحمد (٣٥٨)، وذكر الدارقطني في علله حديث أفطر الحاجم والمحجوم، فذكر الاختلاف على عطاء، فرواه ابن جريج موقوفًا، ورواه عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء مرفوعًا، ثم قال: القول قول من وقفه على أبي هريرة؛ لأنهم أثبات حفاظ، وأن من رفعه ليس بمرتبتهم بالاتفاق.

(٢) الجرح والتعديل (٥/ ٣٦٧)، وانظر العلل ومعرفة الرجال (٣/ ٢٥٤) رقم: ٥١٢٣ .

رواه ابن المنذر في الأوسط، والدارقطني، والبيهقي في السنن الكبرى من طريق حماد بن زيد.

وأبو عبيد في كتاب الطهور من طريق إسماعيل بن علية كلاهما، عن أيوب، عن ابن سيرين، عن أبي هريرة، قال: إذا ولغ الكلب فاغسلوه سبع مرات، أولاهن بالتراب[١].

وهذا يدل على خطأ من قال: لم ينكر عليه إلا حديث الشفعة، وهو يشهد لكلام الإمام أحمد في رواية عبد الملك عن عطاء، والله أعلم.

العلة الثانية:

المخالفة، وليست المخالفة من جهة الفقه كما ظن ابن القيم وابن عبد الهادي بل إن الأئمة رأوا أن حديث جابر حديث واحد، يرويه أبو سلمة وسعيد بن المسيب وأبو الزبير في الشفعة للشريك، ويرويه عبد الملك عن عطاء، عن جابر في الشفعة للجار، وانتظاره في حال الغيبة إذا كان طريقهما واحدًا، ولا شك أن موضوعهما مختلف، والجمع بين الشفعة للجار والشفعة للشريك يذهب إليه لو كان ذلك في حديثين مختلفين، وأما إذا كان الحديث واحدًا والرواة يتفقون على أنه في الشريك، ويخالفهم أحد الثقات فيجعله في الجار لا شك أن هذه مخالفة.

وهذا ما أشار إليه البخاري، قال الترمذي كما في العلل: سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال: لا أعلم أحدًا رواه عن عطاء غير عبد الملك بن أبي سليمان، وهو حديثه الذي تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا»[٢].

---

(١) انظر كتابي موسوعة أحكام الطهارة (١٣/ ٥٠٤) رقم: ١٦٧٧ .

(٢) العلل (ص٢١٦).

فقول الإمام البخاري: «وهو حديثه الذي تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا» إشارة من البخاري إلى العلتين: التفرد، والمخالفة.

وإذا ثبتت المخالفة فإن الثقة إذا خالف غيره في لفظ الحديث وموضوعه اقتضى الحكم للأوثق، وللأكثر عددًا كما هو عمل الأئمة المتقدمين بصرف النظر عن الفقه، ولا أعتقد أن هؤلاء الأئمة وفيهم البخاري وأحمد، وهما إمامان في الفقه كما هما إمامان في العلل يغيب عنهما المعنى الفقهي الذي قال به ابن القيم وابن عبد الهادي، ولا يمنع أن يضعف الفقيه الأثر من جهة الإسناد، ويقول به من جهة المعنى، ذلك أن الفقه باب واسع، وهو غير معصوم، وكم من مسألة قال بها الإمام أحمد من جهة الفقه مع تصريحه بأنه لا يثبت في هذا الباب شيء، فعمل الناس قد يكون مرده إلى القياس الصحيح، أو الاستصحاب، أو عمل الصحابة، أو غيره من الأدلة، والاحتياط للرواية ليس في قبولها، وإنما الأصل عدم الصحة حتى يثبت العكس، ومن الخطأ العلمي أن الباحث إذا توجه اختياره إلى قول من الأقوال الفقهية لم ينشط في كشف العلل الواردة على أدلة هذا القول، فليست صحة معنى الحديث كافية في صحة نسبته إلى النبي ﷺ، وكم من مسألة ثبت الإجماع على صحتها، ولم يصح فيها أثر واحد، كمسألة الماء المتغير طعمه أو ريحه أو لونه بنجاسة، فإنه نجس بالإجماع، ولا يثبت فيه حديث صحيح، ومثلها مسألة بيع الكالئ بالكالئ، ومسألة كل قرض جر نفعًا فهو ربا، وغيرها كثير، والله أعلم.

الدليل الثالث: من القياس.

قال ابن القيم: «والقياس الصحيح يقتضي هذا القول، فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه، ورفعه مصلحة للشريك من

غير مضرة على البائع، ولا على المشتري، فالمعنى الذي وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك موجود في الخلطة في حقوقه»[١].

❑ **الراجح:**

ثبوت الشفعة للجار بشرط الاشتراك في الحقوق، وحديث جابر قد دل على ذلك بمنطوقه، فإنه قال: فإذا وقت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. والمشارك في الحقوق لم تتميز فيه الطرق، والله أعلم.



(١) إعلام الموقعين (٢/ ١٥٠).

الفصل الثاني
الشفعة لغير المسلم

[م-١٠٢٥] لم يختلف العلماء في ثبوت الشفعة للمسلم على الذمي؛ لأنها إذا ثبتت الشفعة للمسلم على المسلم فثبوتها للمسلم على الذمي من باب أولى.

وتجب للذمي على الذمي كوجوبها للمسلم على المسلم إذا تحاكموا إلينا.

قال الماوردي: «لا خلاف بين الفقهاء أن الشفعة تجب للمسلم على الذمي كوجوبها له على المسلم، وتجب للذمي على الذمي كوجوبها للمسلم على المسلم»[1].

[م-١٠٢٦] واختلفوا في ثبوتها للذمي على المسلم على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية، والمالكية والشافعية إلى أن المسلم والذمي في أخذ الشفعة من المسلم سواء[2].

واستدل الجمهور بالأدلة التالية:

الدليل الأول:

(ح-٦٣٠) حديث جابر (قضى رسول ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم...)[3].

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٢)، وانظر المغني (٥/ ٢٢٤)، كشاف القناع (٤/ ١٦٤).

(٢) الدر المختار (٦/ ٢٢١)، التمهيد (١٧/ ٣١٦)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، شرح الخرشي (٦/ ١٦٢)، منح الجليل (٧/ ١٨٨)، شرح النووي لصحيح مسلم (١١/ ٤٦)، الحاوي الكبير (٧/ ٣٠٢)، روضة الطالبين (٥/ ٧٣).

(٣) البخاري (٢٢٥٧).

فهو عام في كل ما لم يقسم سواء كان الشريك مسلمًا أو ذميًا.

الدليل الثاني:

(ح-٦٣١) ما رواه مسلم من طريق أبي خيثمة، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: **من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك**[١].

وجه الاستدلال:

قوله (من كان له شريك) هذا لفظ عام يتناول المسلم والكافر والذمي، فتثبت للذمي الشفعة على المسلم كما تثبت للمسلم على الذمي[٢].

ويبقى العام والمطلق من الأدلة على عمومه وإطلاقه لا يخصص ولا يقيد إلا بدليل من الشارع، ولم يأت دليل من الشارع بإخراج الذمي، ومن أخرجه من النصوص فقد قيد نصوص الشارع أو خصصها بلا مخصص.

الدليل الثالث:

قال ابن بطال: «الشفعة حق من حقوق الآدميين كسائر الحقوق التي هي له مثل البيع والإجارة، وغيرها. والشفعة حق يتعلق بالمال، وضع لإزالة الضرر كالرد بالعيب، فما وجب للمسلم فيه وجب للذمي مثله، وليس الصغار يدل على بطلان حقه؛ لأنه لا فرق بين المسلم والذمي في الحقوق المتعلقة بالأموال، كخيار الشرط، والأجل، وإمساك الرهن»[٣].

---

(١) مسلم (١٦٠٨).

(٢) انظر شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤٦).

(٣) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٦/ ٣٧٧).

القول الثاني:

ذهب جمع من أهل العلم بأنه لا شفعة للذمي على المسلم، وبه قال أحمد ابن حنبل، والثوري، وهو قول الحسن البصري والشعبي، ونصره ابن القيم في أحكام أهل الذمة[(١)].

❑ دليل من قال: لا شفعة للذمي على المسلم:

الدليل الأول:

(ح-٦٣٢) ما رواه الطبراني في الصغير، والعقيلي في الضعفاء من طريق نائل بن نجيح، عن سفيان، عن حميد، عن أنس، أن النبي ﷺ قال: **لا شفعة لنصراني**[(٢)].

[حديث منكر][(٣)].

---

(١) روى ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥١٩) من طريق سفيان، عن حميد، عن الحسن، قال: ليس لليهودي ولا النصراني شفعة.
وورواه البيهقي في السنن (٦/ ١٠٩) من طريق سفيان به، وسنده صحيح.
وروى ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٢٠) حدثنا حسن بن صالح، عن الشيباني، عن الشعبي، قال: ليس ليهودي، ولا نصراني شفعة.
وانظر العلل ومعرفة الرجال (٢/ ٢٩١)، وأحكام أهل الذمة (١/ ٥٩٢).
وانظر الإنصاف (٦/ ٣١٢)، الكافي (٢/ ٤٣٥)، المحرر (١/ ٣٦٧)، حاشية ابن قاسم على الروض المربع (٥/ ٤٤٢)، شرح الزركشي (٢/ ١٧٢)، كشاف القناع (٤/ ١٦٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٤).

(٢) المعجم الصغير للطبراني (٥٦٩)، والضعفاء الكبير (٤/ ٣١٣)، ومن طريق نائل بن نجيح أخرجه ابن عدي في الكامل (٧/ ٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٨)، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد (١٣/ ٤٦٥)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٩٨٥).

(٣) قال أبو حاتم الزراي كما في العلل لابنه (١/ ٤٧٨): «حديث باطل». =

الدليل الثاني:

(ح-٦٣٣) ما رواه مسلم من طرق عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **لا تبدؤوا اليهود ولا النصارى بالسلام، فإذا لقيتم أحدهم في طريق فاضطروه إلى أضيقه**[1].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ لم يجعل لهم حقًا في الطريق المشترك عند تزاحمهم مع المسلمين، فكيف يجعل لهم حق في انتزاع ملك المسلم منه قهرًا، بل هذا تنبيه على المنع من انتزاع الأرض من يد المسلم، وإخراجه منها لحق الكافر لنفي ضرر الشركة عنه، وضرر الشركة على الكافر أهون عند الله من تسليطه على إزالة ملك المسلم عنه قهرًا[2].

ويجاب:

بأن الحديث يتكلم عن إكرام الكافر واحترامه، وقد أهانهم الله بالكفر، فذكر من ذلك النهي عن البداءة بالسلام، والتنحي لهم في الطريق الضيق إكرامًا واحترامًا لهم، وليس في الحديث ما يدل على إسقاط حقوقهم أو أذيتهم، ولذلك إذا سلموا رددنا ﷺ، وإذا كان الطريق واسعًا لم نضطرهم إلى أضيقه؛

= وقال ابن عدي عن وائل بن نجيح: «أحاديثه مظلمة جدًا، وخاصة إذا روى عن الثوري». الكامل في الضعفاء (٧/ ٥٦).

وقال الدارقطني في العلل (١٢/ ٦١): «يرويه نائل بن نجيح، عن الثوري، عن حميد، عن أنس، عن النبي ﷺ. وهو وهم، والصواب عن حميد الطويل، عن الحسن من قوله». وانظر تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٣/ ٦٢).

(١) مسلم (٢١٦٧).

(٢) انظر المرجع السابق.

لأن ذلك من باب أذيتهم، وهي منهي عنها. وقد نقل ابن حجر عن القرطبي أنه قال: « (وإذا لقيتموهم في طريق فاضطروهم إلى أضيقه) معناه: لا تتنحوا لهم عن الطريق الضيق إكرامًا لهم، واحترامًا»[١].

أما حقوقهم فلا يعتدى عليها؛ وإذا كان يحرم الاعتداء على أموالهم فكذلك لا يجوز الاعتداء على الحقوق المتعلقة بالمال؛ وإذا كنا نصحح مشاركتهم، فجميع الحقوق المتعلقة بالشركة مستحقة لهم ومنها استحقاق الشفعة عند قيام سببها.

الدليل الثالث:

أن الشفعة من حقوق المسلمين بعضهم على بعض، فلا حق للذمي فيها، ونكتة هذا الاستدلال: أن الشفعة من حق المالك لا من حق الملك[٢].

ويناقش:

نعم الشفعة من حقوق المالك لكنها بسبب الملك، ولذلك أثبت الحنابلة الشفعة للذمي على مثله، ولو كانت مستفادة بسبب الإسلام لم تثبت الشفعة للذمي على مثله؛ لأنه لا إسلام بينهما[٣].

الدليل الرابع:

الشفعة معنى يختص بالعقار فأشبه الاستعلاء في البنيان، فإذا كان الكافر يمنع من الاستعلاء على المسلم مع أن ذلك تصرف في هواء ملكه المختص به،

---

(١) فتح الباري (١١/ ٤٠).

(٢) أحكام أهل الذمة (١/ ٥٩٢).

(٣) إثبات الشفعة للذمي على مثله فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما ذهب إليه المالكية وأنه لا يقضى بينهما بالشفعة إلا أن يتحاكموا إلينا.
انظر المدونة (٥/ ٤٥٣)، مواهب الجليل (٥/ ٣١١).

فأين هذا الاستعلاء من استعلائه عليه بإخراجه من ملكه قهرًا. ولهذا حرم عليهم نكاح المسلمات إذ كان فيه نوع استعلاء عليهن، ولم يجر القصاص بينهم وبين المسلمين، ولا حد القذف، ولا يمكنون من تملك رقيق مسلم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، ومن أعظم السبيل تسليط الكافر على انتزاع أملاك المسلمين منهم، وإخراجهم منها قهرًا[١].

ويناقش:

أما الجواب عن النهي عن استعلاء بنيان الكافر على المسلم فإن حق الذمي بالشفعة سابق على حق المشتري بالتملك، ذلك أن الشركة وهي سبب الشفعة قائمة قبل بيع الشريك، ولهذا لو كان بنيان الكافر أقدم من جاره المسلم لم يمنع من استعلاء بنائه على بناء جاره المسلم الحادث، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الاستعلاء ليس ممنوعًا لذاته، وإنما لما في الاستعلاء من كشف العورات، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولذلك لو رضي المسلم لجاره الكافر أن يستعلي عليه لم يكن له ذلك؛ لأن الحق فيه لله، ولا يمنع الكافر على الصحيح من مساواة المسلم في البنيان، مع أن الكفر لا يساوي الإسلام، كما لا يمنع الكافر من استعلاء بنائه إذا لم يكن بجانبه جار يتضرر من استعلائه.

وأما الجواب عن تحريم نكاح المسلمات للكفار فإن ذلك قد يؤدي إلى افتتان المرأة عن دينها، وهذا غير موجود في الشفعة، ومثله استرقاق الكافر للعبد المسلم.

وأما سقوط حد القذف إذا قذف مسلم نصرانيًا فلا يعني أن قذف الذمي

---

(١) انظر أحكام أهل الذمة (١/ ٥٩٢).

حلال، بل يعزر القاذف بما يردعه، وإنما لم يحد حد القذف؛ لأن الحدود توقيفية لا اجتهاد فيها، ولذلك لو قذف الرجل عبده المسلم لم يحد به في الدنيا مع قيام الإسلام.

❑ **الراجح:**

ثبوت الشفعة للشريك مطلقًا مسلمًا كان أو ذميًا، والأدلة التي ساقها المانعون ليست نصًا في الموضوع، والله أعلم.



الفصل الثالث
الشفعة للبدوي

[م-١٠٢٧] قال ابن قدامة: «وتثبت الشفعة للبدوي على القروي، وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم.

وقال الشعبي والبتي: لا شفعة لمن لم يسكن المصر. ولنا عموم الأدلة، واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة»[1].

وقول الشعبي والبتي قول ضعيف جدًا، والمعنى الذي من أجله شرعت الشفعة موجود في حق القروي كما هو موجود في حق الحضري، والله أعلم.



(١) المغني (٥/ ٢٢٥)، وانظر الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٦٠).



الفصل الرابع
الشفعة للغائب

[م-١٠٢٨] إذا غاب الشريك عن البلد الذي فيها الشقص المشترك، فقام شريكه الآخر بالبيع أثناء غيابه.

فإن كان الشريك الغائب لم يعلم بالبيع لم تسقط شفعته، ولو طالت غيبته، مثله مثل الحاضر إذا كتم البائع عنه البيع(١).

وحكى المالكية الاتفاق على ذلك.

قال في القوانين الفقهية: «فإن كان غائبًا، ولم يعلم لم تسقط شفعته اتفاقًا»(٢).

[م-١٠٢٩] وإن علم بالبيع، وهو غائب، فقد اختلف العلماء في ثبوت الشفعة له على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا شفعة للغائب مطلقًا، وهو قول النخعي، والحارث العكلي(٣).

□ وجه هذا القول:

بأن في ثبوت الشفعة للشريك الغائب ضررًا يلحق بالمشتري لكونه يبقى

---

(١) جاء في فتح العزيز (١١/ ٤٩٢): «إنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع، أما إذا لم يعلم حتى مضت سنون فهو على حقه».

وقال ابن قدامة في المغني (٥/ ١٩١): «إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة، وإن طالت غيبته».

(٢) القوانين الفقهية (ص١٨٩).

(٣) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٥٧)، المغني (٥/ ١٩٠).

خائفًا، ولا يطمئن على استقرار ملكه للشقص، فهو لا يتصرف فيه تصرف الملاك تحسبًا لانتزاعه منه بالشفعة.

ونوقش هذا:

بأن ضرر المشتري يندفع بإيجاب قيمة ما ينميه ويصلحه على الشفيع.

القول الثاني:

إن كانت غيبته قريبة فله الشفعة، وإن كانت غيبته منقطعة فلا شفعة له، وهذا قول البتي[١].

ولعله يرى أن من كانت غيبته قريبة لا يتضرر المشتري بذلك بخلاف من كانت غيبته طويلة، والله أعلم.

القول الثالث:

للغائب الشفعة مطلقًا، وهو مذهب الأئمة الأربعة على خلاف بينهم، هل تجب المبادرة إلى المطالبة بالشفعة، أو لا تجب؟

وإذا لم يبادر بنفسه هل يجب عليه التوكيل أو لا يجب؟

وإذا لم يبادر ولم يوكل، هل يجب عليه الإشهاد أو لا يجب؟[٢].

---

(١) انظر المرجعين السابق.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٩١، ١١٩)، البحر الرائق (٨/ ١٤٧، ١٤٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨)، المدونة (٥/ ٤١٨)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، شرح ميارة (٢/ ٤٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٥)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٢)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٣)، نهاية المطلب للجويني (٧/ ٣٢٣)، المهذب (١/ ٣٨٠)، الوسيط (٤/ ٩٨، ٩٩)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٨)، المغني (٥/ ١٩٠)، الكافي (٢/ ٢٣٢)، كشاف القناع (٤/ ١٤٣)، مطالب أولي النهى (٤/ ١١١، ١١٢).

واستدلوا بأن الغائب له الشفعة بأدلة منها:

الدليل الأول:

(ح-٦٣٤) ما رواه أحمد، من طريق عبد الملك، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: **الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا**.

[رجاله ثقات، والحديث معلول][(١)].

الدليل الثاني:

أن الشفعة من الحقوق المالية متى وجد سببه فللمستحق استيفاؤه، وإذا ثبت الحق لم يسقط إلا بإسقاطه، ولا تأثير للغيبة بإسقاط حق تقرر سببه كالإرث في حالة غيبة الوارث.

❑ الراجح:

هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، وهو أن الغائب له المطالبة بالشفعة، والغيبة ليست سببًا في إسقاط الشفعة.



(١) سبق تخريجه.



مبحث
في الواجب على الشفيع الغائب إذا علم بالبيع

[م-١٠٣٠] تقدم لنا في المبحث السابق القول بأن الشفيع الغائب له الشفعة في قول الأئمة الأربعة، إلا أنهم اختلفوا في الواجب على الشفيع الغائب لاستحقاق الشفعة، وهذا الاختلاف راجع إلى اختلافهم في طلب الشفعة، هل هي على الفور، أو على التراخي، وسبق لنا تحرير الخلاف فيها والحمد لله، فمن أوجب في الشفعة الفورية في الطلب كالجمهور أو جب على الشفيع المبادرة بالطلب والإشهاد على ذلك، ومن لم يوجب المبادرة كالمالكية لم يوجبوا عليه الإشهاد، وإليك تحرير الخلاف بين الفقهاء.

القول الأول:

ذهب المالكية بأن الغائب على شفعته ما لم يصرح بإسقاطها ولا تجب عليه المبادرة، ولا الإشهاد، ولا التوكيل[1].

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت الغائب إذا علم بالاشتراء، وهو شفيع، فلم يقدم يطلب الشفعة، حتى متى تكون له الشفعة؟ قال: قال مالك: لا نقطع عن الغائب الشفعة لغيبته. قلت: علم أو لم يعلم؟ قال ابن القاسم: ليس ذلك عندي إلا فيما علم، أما فيما لم يعلم فليس فيه كلام، ولو كان حاضرًا»[2].

---

(١) المدونة (٥/ ٤١٨)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، شرح ميارة (٢/ ٤٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٥)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٢)، جامع الأمهات (ص٤١٧)، الذخيرة (٧/ ٣٧٢)، فتح العلي المالك (٢/ ٢١٣)، منح الجليل (٧/ ٢١٦).

(٢) المدونة (٥/ ٤١٨).

واستدل المالكية:

بأن حق الشفعة ثبت للشفيع بالسنة الصحيحة، والحقوق الثابتة بالأدلة الصحيحة لا تسقط لمجرد غيبة صاحبها، فيبقى الغائب على شفعته حتى يحضر، فيأخذ أو يدع، والله أعلم.

القول الثاني:

القائلون بأن الشفعة على الفور اختلفوا فيما يجب على الشفيع الغائب إذا علم بالشفعة.

فقال الحنفية إن لم يشهد ولم يوكل مع قدرته وسكت ساعة بطلت شفعته[١].

جاء في الجوهرة النيرة: «وإن كان الشفيع حين علم بالبيع غائبًا عن البلد، فإن أشهد حين علم، أو وكل من يأخذ له بالشفعة فهو على شفعته، وإن علمه، ولم يشهد أولم يوكل حين بلغه ذلك مع قدرته عليه، وسكت ساعة بطلت شفعته؛ لأن الغائب يقدر على الطلب كما يقدر عليه الحاضر»[٢].

وذهب الشافعية إلى أن الغائب إذا علم بالشفعة وجب عليه المبادرة بالتوجه إلى صوب المشتري، أو يبعث وكيلًا إلا أن يكون الطريق مخوفًا فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة أو يزول الخطر.

وهل يكتفى بالبدار أو يجب معه الإشهاد قولان نقلهما العراقيون.

أحدهما: أنه يتعين معه الإشهاد، وتركه يبطل الحق.

الثاني: لا يتعين، ويكفي البدار في نحو الطلب.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٩١، ١١٩)، البحر الرائق (٨/ ١٤٧، ١٤٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨).

(٢) الجوهرة النيرة (ص٢٧٦).

فإذا لم يستمكن من الخروج بنفسه، فله أن يوكل، فإن لم يوكل مع القدرة عليه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول القاضي أبي حامد - أنه تسقط شفعته؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة، فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك.

والثاني: وهو قول أبي علي الطبري - أنه لا تسقط؛ لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم، وفيه ضرر.

وإن كان بغير عوض احتاج إلى التزام منه، وفي تحملها مشقة، وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته؛ لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط؛ لأنه ترك للضرر.

فإن عجز عن المبادرة، وعجز عن التوكيل، فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد فقولان أو وجهان:

أظهرهما: أنه يبطل حقه؛ لأن السكوت مع التمكن من الإشهاد مشعر بالرضا.

والثاني: لا يبطل، وإنما الإشهاد لإثبات الطلب عند الحاجة[1].

وذهب الحنابلة إلى أن الغائب يلزمه الإشهاد إذا علم بالبيع، ولا يضره تأخير المبادرة بعد الإشهاد. وإذا علم بالبيع، وبادر بالسير إلى المشتري ولم يشهد سقطت شفعته؛ لأن السير يكون لطلب الشفعة ولغيره، وقد قدر أن يبين كون السير لطلب الشفعة بالإشهاد عليه فإذا ترك سقطت شفعته. ولا يلزمه التوكيل

---

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٣)، نهاية المطلب للجويني (٧/ ٣٢٣)، المهذب (١/ ٣٨٠)، الوسيط (٤/ ٩٨، ٩٩)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٨).

قدر عليه أو لم يقدر؛ لأن الوكيل إن كان بجعل ففيه غرم، وإن كان متبرعًا ففيه منة عليه[1].

وأدلة الجمهور على هذا التفصيل هي أدلتهم في كون الشفعة تجب على الفور، وسبق ذكر أدلتهم والجواب عنها، والله أعلم.

❑ **الراجح:**

أن الغائب على شفعته حتى يحضر فيأخذ أو يترك، ولا دليل على وجوب الفورية بالمطالبة، والله أعلم.



(١) الإنصاف (٦/ ٢٦٣)، المغني (٥/ ١٩٠)، الكافي (٢/ ٢٣٢)، كشاف القناع (٤/ ١٤٣)، مطالب أولي النهى (٤/ ١١١، ١١٢).

الفصل الخامس
الشفعة للصغير

[م-١٠٣١] اختلف العلماء في الشفعة للصغير على قولين:

القول الأول:

له الشفعة، ويقوم وليه مقامه في الأخذ بها، وهو قول الأئمة الأربعة[1].

❑ وجه ذلك:

أن الشفعة حق مبني على الملك، وهؤلاء من أهل ثبوت الملك، ويقوم الولي مقام الصغير واليتيم؛ لأنه تصرف في المال عن طريق التجارة، والولي والوصي والقاضي يملك ذلك لهم؛ ولأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء لهم من المشتري، والولي يملك ذلك كما يملك الشراء، ولأن في ذلك دفع الضرر عنهم، وتوفير المنفعة لهم.

القول الثاني:

لا شفعة للصغير، وبهذا قال ابن أبي ليلى، والنخعي، والحارث العكلي[2].

ويروى في هذا حديث ضعيف جدًا.

(ح-٦٣٥) رواه ابن ماجه من طريق محمد بن الحارث، عن محمد بن

---

(١) المبسوط (١٤/ ٩١)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦)، البحر الرائق (٨/ ١٦٦)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤٢٣، ٤٢٤)، المدونة (٥/ ٤٠٣)، مواهب الجليل (٥/ ٣٢٤)، الذخيرة (٧/ ٢٧١)، نهاية المطلب (٧/ ٣٨٤)، روضة الطالبين (٥/ ١١٤)، المغني (٥/ ١٩٥).

(٢) المغني (٥/ ١٩٥)، الإشراف على مذهب العلماء (٦/ ١٥٨)، المحلى (٨/ ٢٢).

عبد الرحمن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **لا شفعة لشريك على شريك إذا سبقه بالشراء، ولا لصغير، ولا لغائب**[(١)].

[وإسناده ضعيف جدًا، بل هو مسلسل بالضعفاء][(٢)].

□ والراجح:

القول الأول، وهو ثبوت الشفعة للصغير.



(١) سنن ابن ماجه (٢٥٠١).

(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى في شفعة الشريك.

مبحث
حق الولي في العفو عن الشفعة

[م-١٠٣٢] إذا لم يطالب الولي بالشفعة بعد علمه بها، أو صرح بتركها، هل ذلك يسقط حق الصبي في المطالبة بالشفعة إذا كبر؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن ذلك يسقط حق الصبي، وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف ومالك[١].

وجه سقوطها: أن الولي بمنزلة الصبي والمجنون، وترك الشفعة منه بمنزلة ترك الشراء، وللولي ولاية الامتناع عن الشراء.

القول الثاني:

هو على شفعته إذا بلغ، وهو قول محمد بن الحسن، وزفر، والثوري، وقال في الإنصاف: «وهو المذهب، نص عليه، وهو ظاهر كلام الخرقي»[٢].

واختاره ابن المنذر والأوزاعي[٣].

قال ابن قدامة: «ظاهر قول الخرقي أن للصغير إذا كبر الأخذ بها، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف، وسواء كان الحظ في الأخذ بها أو في تركها،

---

(١) المدونة (٥/ ٤٠٣)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١٠)،.

(٢) الإنصاف (٦/ ٢٧٢).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٦)، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ١٥٨)، المغني (٥/ ١٩٥)، الكافي في فقه الإمام ابن حنبل (٢/ ٤٣٤).

وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة إذا بلغ فاختار، ولم يفرق»[١].

❑ **وجه ذلك:**

أن حق الشفعة حق ثبت للصبي واليتيم فإبطاله لا يكون نظرًا في حقه، ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب للصبي، وكالإبراء والتبرع ونحو ذلك مما لا يدخل تحت ولاية الولي.

القول الثالث:

إنْ ترك الولي الشفعة، وكانت مصلحة الصبي في الأخذ بها بقيت، وإن كان في ترك الشفعة مصلحة للصبي لم يأخذها الولي، ولو أخذها كان أخذه مردودًا فإن التصرفات في مال الصبي تنحصر في رعاية المصلحة، فلو بلغ الطفل وأراد أن يأخذ بالشفعة، ففي المسألة وجهان: أظهرهما أنه لا يثبت له ذلك.

وهذا مذهب الشافعي، واختيار ابن حامد وابن تيمية من الحنابلة، ورجحه ابن حزم[٢].

❑ **وجه ذلك:**

قال ابن حزم: «فإن ترك ولي الصغير أو المجنون الأخذ بالشفعة فإن كان ذلك نظرًا لهما لزمهما؛ لأنه فعل ما أمر به من النصيحة لهما، وإن كان الترك ليس نظرًا لهما لم يلزمهما، ولهما الأخذ أبدًا؛ لأنه فعل ما نهي عنه من غشهما»[٣].

---

(١) المغني (٥/ ١٩٥).

(٢) نهاية المطلب للجويني (٧/ ٣٨٤)، أسنى المطالب (٢/ ٥٠٢)، روضة الطالبين (٥/ ١١٤)، المحرر (١/ ٣٦٥)، الإنصاف (٦/ ٢٧٢)، المحلى (٨/ ٢٢).

(٣) المحلى، مسألة (١٥٩٩).

❑ الراجح:

هذه المسألة ترجع إلى توصيف الشفعة، هل هي حق، أو بمنزلة الشراء، فإن كانت الشفعة حقًا للصبي لم يسقط هذا الحق إلا إذا كان في إسقاطه مصلحة للصبي، فلا يحق له أن يرجع ويطالب.

وإن كانت الشفعة بمنزلة الشراء فإن الولي له الحق في ترك الشراء للصبي مطلقًا، ولو كان في الشراء غبطة؛ لأن الذي يؤاخذ به الولي ألا يفرط في مال الطفل، فأما أن يتجر بمال الطفل فلا يلزمه ذلك، ولو ألزمناه لأوجبنا عليه أن يبذل كنه المجهود في سلوك طرق المكاسب والمتاجر، وهذا بعيد، والشفعة إنما شرعت لينتفع بها الآخذ لنفي الضرر، فلا يضار المشتري بحيث يقال له: إذا بلغ الطفل كان له الحق في انتزاع الملك منك، وقد تتغير الأسعار ويحدث فيها المشتري من البنيان والزرع ما يكون في انتزاعها مضرة عليه، والذي أميل إليه أن الشفعة حق، فإن كان الولي قد تركها لحظ الصبي، أو كان الصبي ليس معه ما يشتري به في ذلك الوقت سقطت، وإن تركها الولي ولم يكن في ذلك مصلحة للصبي كان للصبي أن يضمن الولي إذا بلغ، والضمان مسألة غير المطالبة بالشفعة؛ لأن المطالبة بالشفعة بعد مرور سنوات كثيرة فيه إضرار بالمشتري، فأرى أن مثل هذا يعتبر فوتًا، ويبقى حق الصبي في تضمين الولي باعتبار أن هذا نوع من التفريط الذي كان يجب عليه أن يقوم به. ومثل الصبي المجنون الذي لا ينفك عنه جنونه، والله أعلم.



الفصل السادس
حق الحمل في الشفعة

[م-١٠٣٣] لو كانت دار بين رجلين، فمات أحدهما عن حمل، فباع الآخر نصيبه، فهل يأخذ ولي الحمل الشفعة للحمل؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

للحمل الشفعة، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامه شرعًا في استيفاء حقوقه، وهذا مذهب الحنفية، وقول في مذهب الحنابلة إلا أن الحنفية اشترطوا أن يثبت وجوده وقت البيع وذلك بأن تضعه أمه لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء[١].

❑ وجه ذلك:

أن الحمل من أهل التملك، وإذا كان له حق الإرث من مورثه، فكذلك يثبت له تملك سائر الحقوق المالية.

القول الثاني:

لا شفعة للحمل. وهو مذهب الجمهور، وإذا ولد الحمل فله الأخذ بالشفعة[٢].

---

(١) الفتاوى الهندية (٥/ ١٩١)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٦٦)، البحر الرائق (٨/ ١٦٦)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤٢٣)، قواعد ابن رجب (ص١٩٤)، الإنصاف (٦/ ٢٧٣).

(٢) المدونة (٥/ ٤٥٣)، مواهب الجليل (٥/ ٣٢٤)، روضة الطالبين (٥/ ١١٤)، المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٨١)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٩)، فتح العزيز بشرح =

جاء في المدونة: «قلت - القائل سحنون - أرأيت الوصي أيأخذ للحبل بالشفعة في قول مالك؟ قال - القائل ابن القاسم - لا يأخذ بالشفعة حتى يولد؛ لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة في رأيي، فكذلك لا شفعة له إلا بعد الولادة، وبعد الاستهلال صارخًا»[١].

وجاء في قواعد ابن رجب: «ومنها الأخذ للحمل بالشفعة... قال الأصحاب: لا يؤخذ له، ثم اختلفوا، منهم من علل بأنه لا يتحقق وجوده، ومنهم من علل بانتفاء ملكه، ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناء على أن له حكمًا وملكًا»[٢].

وجاء في المغني: «وإن بيع شقص في شركة حمل، لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة؛ لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية، وإذا ولد الحمل، ثم كبر، فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر»[٣]. يقصد إذا لم يأخذ له الولي.

وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة «ولا شفعة لحمل، فإن كان وارث غير الحمل أخذ الكل، ولا رجوع عليه لو انفصل الحمل حيًا، ولو ورث الحمل شفعة لم يصح أن يأخذ له الولي إلا بعد انفصاله حيًا»[٤].

❑ الراجح:

ثبوت الشفعة للحمل بشرط أن يولد حيًا، لصحة تملك الحمل، والله أعلم.

= الوجيز (١١/ ٥٠٠)، قواعد ابن رجب (ص١٩٤)، الإنصاف (٦/ ٢٧٢، ٢٧٣)، كشاف القناع (٤/ ١٤٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ١١٧).

(١) المدونة (٤٥٣).

(٢) قواعد ابن رجب (ص١٩٤، ١٩٥).

(٣) المغني (٥/ ١٩٧).

(٤) انظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٤٤)، روضة الطالبين (٥/ ١١٤).

الفصل السابع
في شفعة المريض والمحبوس

[م-١٠٣٤] إن كان المرض لا يمنع من المطالبة كالصداع اليسير والألم القليل فهو كالصحيح.

وإن كان المرض يمنع من المطالبة كالمرض الذي لا ينتظر زواله عن قرب، فإن كان لا يقدر على الطلب، ولا على التوكيل والإشهاد فهو على شفعته؛ لأنه معذور، أشبه ما لو لم يعلم[١].

جاء في العناية شرح الهداية: «أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته، وإن طالت المدة»[٢].

وجاء في المهذب: «وإن وجبت له الشفعة، وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت: فإن لم يقدر على الطلب، ولا على التوكيل، ولا على الإشهاد فهو على شفعته؛ لأنه ترك بعذر»[٣].

وإن كان يقدر على التوكيل والإشهاد فحكمه حكم الغائب، والعلماء مختلفون في حكم الغائب؛ لاختلافهم في الشفعة، هل هي على الفور أو على التراخي على قولين:

القول الأول:

أن المريض كالغائب على شفعته مطلقًا علم بالبيع أو لم يعلم، فإذا زال عذره

---

(١) المبدع (٥/ ٢١٠)، الشرح الكبير (٥/ ٤٧٧).

(٢) العناية شرح الهداية (٩/ ٣٨٥)، وانظر الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٣).

(٣) المهذب (١/ ٣٨٠).

فهو كالحاضر، ولا يجب على المريض إشهاد ولا توكيل[١].

ومبنى قولهم هذا أن المطالبة بالشفعة لا تجب على الفور، كسائر الحقوق.

جاء في مواهب الجليل: «واختلف في المريض، فقيل: إنه كالغائب، ولو علم بالشفعة. وقيل: كالحاضر نقلهما ابن ناجي وغيره»[٢].

وقد تقدم لنا مذهب المالكية في الغائب وأنه على شفعته حتى يقدم، فإذا قدم فهو كالحاضر، وأن الحاضر لا يجب عليه المطالبة بالشفعة على الفور.

القول الثاني:

اختلف الجمهور القائلون بأن الشفعة على الفور ما ذا يجب على المريض القادر على التوكيل والإشهاد.

جاء في روضة الطالبين: «والعذر ضربان:

أحدهما: ما لا ينتظر زواله عن قرب، كالمرض، فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر، فإن لم يفعل بطلت شفعته على الأصح لتقصيره.

والثاني: لا.

والثالث: إن لم يلحقه في التوكيل منة ولا مؤنة ثقيلة بطلت، وإلا فلا.

فإن لم يمكنه فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد بطلت على الأظهر، أو الأصح، والخوف من العدو كالمرض»[٣].

---

(١) البهجة في شرح التحفة (٢/ ١٨٨).

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٣٢٤).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، وانظر فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٢)، المهذب (١/ ٣٨٠)، السراج الوهاج (ص٢٧٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٧)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٧)، كفاية الأخيار (١/ ٢٨٦).

وقال ابن قدامة: «من كان مريضا مرضًا لا يمنع المطالبة، كالصداع اليسير، والألم القليل، فهو كالصحيح. وإن كان مرضا يمنع المطالبة، كالحمى وأشباهها، فهو كالغائب في الإشهاد والتوكيل»[1].

والشفيع الغائب عند الحنابلة يجب عليه الإشهاد، ولا يلزمه التوكيل، وقد تقدم ذكر مذهبهم.

❑ الراجح:

الذي أميل إليه أن الشفعة ليست على الفور، وأن المريض كغيره على شفعته، ولا يسقط حقه إلا بإسقاط، أو يطلب منه الحاكم أن يأخذ أو يدع، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) المغني (٥/ ١٩٢)، وانظر المبدع (٥/ ٢١٠)، كشاف القناع (٤/ ١٤٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٧، ٣٣٨)، الشرح الكبير (٥/ ٤٧٧).



الفصل الثامن
في تعدد الشفعاء

المبحث الأول
تعدد الشفعاء مع اختلاف سبب الشفعة

[م-١٠٣٥] سبق لنا أن الفقهاء متفقون في ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، واختلفوا في ثبوت الشفعة للشريك في حق من حقوق العقار، والشفعة للجار، فإذا تعدد الشفعاء سواء كان سبب الشفعة واحدًا، أو كان سبب الشفعة مختلفًا عند من يثبت الشفعة لغير الشريك، فمن يجب تقديمه عند التزاحم؟

اختلف الفقهاء في هذه على أقوال:

القول الأول:

ذهب الحنفية وهو رواية عن أحمد إلى القول بتعدد سبب الشفعة على اختلاف بينهم في عددها.

فالحنفية جعلوا الأسباب ثلاثة:

(١) الشركة في عين العقار.

(٢) الشركة في المرافق.

(٣) الجوار الملاصق[1].

---

(١) عمدة القارئ (١٢/ ٧٢)، شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٤)، المبسوط (١٤/ ٩٢)، البحر =

وجعل الإمام أحمد في رواية عنه للشفعة سببين:

(١) الشركة في عين العقار.

(٢) الشركة في حق من حقوق العقار[١].

فبناء على القول بتعدد سبب الشفعة يمكن أن يقع التزاحم بين الشفعاء.

فذهب الحنفية إلى أن الشفعة تثبت فيهما على الترتيب، فيقدم الشريك في المبيع، ثم الشريك في المرافق، ثم الجار الملاصق احترازًا من المحاذي[٢].

فإن سلَّم الشريك، وجبت للخليط، وإن اجتمع خليطان قدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار بشرط أن يكون الجار قد طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع؛ ليمكنه الأخذ إذا سلَّم الشريك.

جاء في حاشية ابن عابدين: «واعلم أن كل موضع سلم الشريك الشفعة فإنما تثبت للجار إن طلبها حين سمع البيع، وإن لم يكن له حق الأخذ في الحال، أما إذا لم يطلب حتى سَلَّم الشريك فلا شفعة له»[٣].

= الرائق (٨/ ١٤٣)، الهداية شرح البداية (٤/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٠، ٢٢١).

وانظر قول الثوري في كتاب الإشراف لابن المنذر (٦/ ١٥٢، ١٥٣).

(١) أعلام الموقعين (٢/ ١٤٩)، وقال ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٨٣): «وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال، أعدلها هذا القول أنه إن كان شريكًا في حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا». وانظر الإنصاف (٦/ ٢٥٥).

(٢) عمدة القارئ (١٢/ ٧٢)، شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٤)، المبسوط (١٤/ ٩٢)، البحر الرائق (٨/ ١٤٣)، الهداية شرح البداية (٤/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٠، ٢٢١).

وانظر قول الثوري في كتاب الإشراف لابن المنذر (٦/ ١٥٢، ١٥٣).

(٣) حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢١)، وانظر الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٨٠٣).

وخالف في ذلك أبو يوسف، فقال: إذا وجد الشريك فلا حق لغيره في الشفعة، سواء أخذ ذلك الشريك أو لم يأخذ[(١)].

واستدل الحنفية على الترتيب:

الدليل الأول:

(ح-٦٣٦) ما رواه عبد الزراق[(٢)]، وابن أبي شيبة[(٣)]، من طريق وكيع، عن هشام ابن المغيرة الثقفي، قال: سمعت الشعبي يقول: قال رسول الله ﷺ: **الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب.**

[رجاله ثقات إلا أنه مرسل، وروي مسندًا، ولا يعرف][(٤)].

الدليل الثاني:

أن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح[(٥)].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٤٣٩٠).

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٤/ ٥١٨).

(٤) الرواية المسندة ذكرها الحنفية في كتبهم الفقهية، قال ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٠٣) عن الرواية المسندة: «حديث الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع لم أجده. وقال ابن الجوزي: لا يعرف، وإنما روى سعيد بن منصور من مرسل الشعبي: الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب».
وانظر نصب الراية (٤/ ١٧٦)، التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٢/ ٢١٦)، تنقيح التحقيق (٣/ ٥٩).

(٥) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٨).

❑ وجه قول أبي يوسف:

أن الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره، ألا ترى أن غيره لا يملك المطالبة، فإذا سَلَّم سقط الحق أصلًا.

القول الثاني:

ذهب الشافعية في أصح القولين، والحنابلة في المشهور إلى القول بعدم التزاحم في الشفعة؛ لأنهم يرون أن سبب الشفعة سبب واحد، وهو الشركة في ملك العقار، فلا يحتمل عندهما التعدد في سبب الشفعة، فإذا تعدد الشفعاء اشتركوا في الأخذ بالشفعة(١).

القول الثالث:

ذهب المالكية، والشافعية في قول بأن التزاحم قد يقع وإن كان سبب الشفعة واحدًا، فقالوا: يقدم الشريك الأخص، وهو المشارك في السهم على الشريك الأعم، فإذا مات إنسان، وترك ورثة كزوجتين، وجدتين، وأختين، وعاصب، فإذا باعت إحدى الزوجتين نصيبها من العقار فإن الزوجة تختص بالشفعة دون غيرها؛ لأنها هي المشاركة في السهم، وكذلك إذا باعت إحدى الجدتين نصيبها اختصت الجدة الأخرى بالشفعة دون غيرها من الورثة، وإذا باعت إحدى الأختين نصيبها اختصت الأخت الأخرى بالشفعة دون سائر الورثة، وهكذا(٢).

---

(١) انظر في مذهب الشافعية: الأم (٧/ ١١٠)، المهذب (١/ ٣٧٧)، إعانة الطالبين (٣/ ١٠٧)، الوسيط (٤/ ٧٢)، روضة الطالبين (٥/ ٧٢).

وانظر في مذهب الحنابلة: المغني (٥/ ١٧٨)، الإنصاف (٦/ ٢٥٥)، المبدع (٥/ ٢٠٥، ٢٠٦)، كشاف القناع (٤/ ١٣٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٠١).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٤٩٢)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٩)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٧)، =

❑ الراجح:

أن الشفعة إذا كان سببها واحدًا فهم سواء في الاستحقاق، فالشركة في الميراث سببها واحد، وإذا كان سببها مختلفًا قدم الشريك على غيره على أنني لا أرى الشفعة للجوار إذا لم يكن بينهما حق مشترك، والله أعلم.



= الفواكه الدواني (٢/ ١٥٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٥٠)، شرح ميارة (٢/ ٥٥)، الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٦١).



المبحث الثاني
تعدد الشفعاء مع اتحاد سبب الشفعة

[م-١٠٣٦] إذا تعدد الشفعاء، وكان سبب الشفعة واحدًا كالشركة في العقار، فكيف يوزع المشفوع فيه على الشفعاء:

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول:

إذا تعدد الشفعاء وتزاحموا في الشفعة وزع المشفوع فيه بينهم على عدد الرؤوس بالتساوي، ولا اعتبار لمقدار الحصص.

وهذا مذهب الحنفية، والقول القديم للشافعي، ورواية عن أحمد اختارها ابن عقيل، ورجحه ابن حزم[1].

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

لا يوجد نص في المفاضلة بين الشركاء في الشفعة، ولو كان هناك مفاضلة بينهم لبينها الرسول ﷺ، ولم يجمل الأمر، فلما لم يبين بطلت المفاضلة.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٠١٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٦)، المبسوط (١٤/ ٩٧)، الهداية شرح البداية (٤/ ٢٥)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٤١)، العناية شرح الهداية (٩/ ٣٧٧، ٣٧٨)، مختصر المزني (ص١٢٠)، الوسيط (٤/ ٩٤)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٠)، الإنصاف (٦/ ٢٧٦)، المغني (٥/ ٢٠٩)، المحلى، مسألة (١٦١٠).

الوجه الثاني:

أن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار وإما الشركة، وقد استويا في أصل ذلك، فإنَّ صاحب القليل شريك كصاحب الكثير.

الوجه الثالث:

أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك، ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة، كما لو باع صاحب القليل نصيبه، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم، ولا ترجيح بكثرة العلل، بل بقوتها، ألا ترى أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء.

القول الثاني:

يوزع المشفوع فيه على قدر حصصهم.

وهذا مذهب المالكية، وأظهر القولين عند الشافعية، قال الغزالي: وهو القول الجديد، وذكر ابن قدامة أنه الصحيح في مذهب الحنابلة[١].

جاء في المدونة: «ما قول مالك في الشفعة، أتقسم على عدد الرجال، أم على قدر الأنصباء؟

قال: قال مالك: إنما الشفعة على قدر الأنصباء، وليس على عدد الرجال»[٢].

---

(١) المدونة (٥/ ٤٠٢)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١١)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٥)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٣)، البهجة في شرح التحفة (٢/ ٢٠٥)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٤٧٩)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٦، ٤٨٧)، مواهب الجليل (٥/ ٣٢٥)، الذخيرة (٧/ ٣٣٣)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٨١)، الوسيط (٤/ ٩٤)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٠)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٥)، الإنصاف (٦/ ٢٧٥)، المغني (٥/ ٢٠٩).

(٢) المدونة (٥/ ٤٠٢).

وقال ابن قدامة: «الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم. . . وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم، اختارها ابن عقيل»(١).

❑ **وجه هذا القول:**

الوجه الأول:

أن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا لعددهم، فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة.

الوجه الثاني:

أن سبب الشفعة الملك، فتبعه ككسب العبد، وثمر الشجر، وأرش الجناية، وأجرة الدار.

الوجه الثالث:

أن الشريك إذا باع ملكه سقطت شفعته، فدل على أن نصيبه هو الموجب لشفعته، فتقسم على قدر الأنصباء.

الوجه الرابع:

أن الشفعة شرعت لدفع الضرر، ويختلف الضرر باختلاف الأنصباء، فالأكثر يتضرر أكثر بالقسمة، وأجرة القاسم، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على قدر أنصبتهم.

❑ **الراجح:**

الذي أميل إليه أن الشفعة تتفاضل على قدر الأملاك؛ لأن الشفعة وإن ثبتت

---

(١) المغني (٥/ ٢٠٩).

بسبب الشركة في العقار إلا أن مقدار ما يستحقه منها يرجع إلى مقدار نصيبه من هذا العقار كالربح يستحقه بسبب الشركة، ومقداره من الربح يرجع إلى نصيبه منها، والله أعلم.



الفصل التاسع
في الشريك يشتري نصيب أحد الشركاء

[م-١٠٣٧] إذا اشترى أحد الشركاء حصة من الشركة، فهل يسقط ذلك حقه وحق شركائه من الشفعة؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا شفعة للمشتري إذا كان شريكًا، بل للشريك أن يأخذ الجميع إذا أراد الشفعة دون المشتري.

وهذا القول نسبه أبو حامد الإسفراييني لأبي العباس بن سريج الشافعي، لكن قال الماوردي: وجدت أبا العباس بن سريج قائلًا بخلافه، موافقًا لأصحابه، وحكاه أبو الحسن الماوردي عن أبي حنيفة وهو مخالف لما في كتب الحنفية كما سيأتي، وحكاه ابن حزم قولًا ولم ينسبه، وحكاه ابن الصباغ للحسن والشعبي والبتي كما في المغني، وقد حكي عنهم قول آخر كما في القول الثاني[(١)].

❑ **وجه هذا القول:**

أن الشفعة يستحقها الشريك على المشتري، فلا يستحقها المشتري على نفسه.

---

(١) المهذب (١/ ٣٨١)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٨)، المحلى، مسألة (١٦٠٦)، المغني (٥/ ٢١١).

ونوقش هذا:

بأن المشتري الشريك له صفتان:

أحدهما: كونه مشتريًا، وهذا سبب قيام الشفعة للشركاء.

والصفة الثانية: كونه شريكًا، فإذا انتزع منه المبيع بسبب الشراء، فقد استرد المشتري جزءًا منه بقدر شقصه لكونه شريكًا وليس لكونه مشتريًا، فسبب استحقاق الشفعة مختلف، فهو لم يستحق الشفعة لكونه مشتريًا، وإنما استحق الشفعة لكونه شريكًا، فإذا منعنا الشريك المشتري من الشفعة فقد أعطينا شريكه الحق بأن يأخذ مقداره ومقدار غيره من الشفعة دون رضى شريكه، وهذا لا يصح.

قال ابن قدامة: «ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة، كما لو اشترى أجنبي، بل المشتري أولى؛ لأنه قد ملك الشقص المشفوع»[(١)].

القول الثاني:

لا شفعة للشركاء على الشريك، وقد نسب هذا القول للحسن، والشعبي، وعثمان البتي[(٢)].

❑ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

(ح-٦٣٧) ما رواه ابن ماجه من طريق محمد بن الحارث، عن محمد ابن عبد الرحمن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **لا شفعة لشريك على شريك إذا سبقه بالشراء، ولا لصغير، ولا لغائب**[(٣)].

(١) المغني (٥/ ٢١١).

(٢) المحلى، مسألة (١٦٠٦)، المغني (٥/ ٢١١).

(٣) سنن ابن ماجه (٢٥٠١).

[إسناده ضعيف جدًا، بل هو مسلسل بالضعفاء][(١)].

الدليل الثاني:

أن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل، وهذا المشتري شركته متقدمة، فلا ضرر في شرائه.

وأجيب:

بأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري، هل هو شريك أو أجنبي، وقد حصل شراؤه.

القول الثالث:

شراء الشريك لا يسقط حقه، ولا حق شركائه من الشفعة، بل يترك للشريك المشتري حصته من الشفعة، فلا يؤخذ منه الجميع بل يتقاسم مع الشركاء حصصهم منها، هذا مذهب الأئمة الأربعة[(٢)].

---

(١) والحديث رواه البزار في مسنده (٥٤٠٥) وابن عدي في الكامل (٦/ ١٨٠) وابن حبان في المجروحين (٢/ ٢٦٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٠٨) والخطيب في تاريخ بغداد (٦/ ٥٦) من طريق محمد بن الحارث به.
قال أبو زرعة كما في العلل لابن أبي حاتم (١/ ٤٧٩): «هذا حديث منكر، لا أعلم أحدًا قال بهذا... فلم يقرأ علينا هذا الحديث».
وضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٩٢).
وضعفه ابن القطان الفاسي في بيان الوهم والإيهام (٣/ ١٢٩، ١٣٠)، وقال: محمد ابن الحارث هذا ضعيف جدًا أسوأ حالًا من ابن البيلماني وأبيه...
قال عمرو بن علي فيه: متروك الحديث.
وقال ابن معين: ليس بشيء. وترك أبو زرعة حديثه، ولم يقرأه علينا في الشفعة - يعني هذا الحديث - وكذلك ضعفه أبو حاتم الرازي وغيره.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (١٤/ ١٢٢) و(٢٤/ ٥٣)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٨٢)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٨).
=

□ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

ثبتت الأدلة على استحقاق الشريك للشفعة من حديث جابر وغيره، وعمومها وإطلاقها تشمل كل شريك، سواء كان مشتريًا أو غير مشتر، والمطلق والعام يحملان على عمومهما وإطلاقهما حتى يرد عليهما مخصص أو مقيد من الشارع لا غير؛ لأن كلام الشارع لا يقيده ولا يخصصه إلا نص مثله، فمن قال بإخراج الشريك إذا كان مشتريًا فعليه الدليل.

الدليل الثاني:

أن الشريك المشتري قد تساوى مع شريكه في الشركة، فيجب أن يتساويا في الشفعة، كما لو كان المشتري أجنبيًا، بل المشتري أولى؛ لأنه قد ملك الشقص المشفوع.

[م-١٠٣٨] وإن أسقط المشتري حقه من الشفعة.

فقيل: يلزم الشريك أخذ الكل أو يسلمه إلى المشتري، هذا مذهب المالكية ووجه في مذهب الشافعية(١).

= وانظر في مذهب المالكية: المدونة (٥/ ٤٠٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٧)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١٢)، الخرشي (٦/ ١٧٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٧).

وانظر في مذهب الشافعية: المهذب (١/ ٣٨١)، مختصر المزني (ص١٢١)، غاية البيان بشرح زبد ابن رسلان (ص٢١٨)، المنثور في القواعد (٣/ ٣٥٩).

وانظر في مذهب الحنابلة: الإنصاف (٦/ ٢٧٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٤)، المبدع (٥/ ٢١٤)، المحرر (١/ ٣٦٦)، المغني (٥/ ٢١٠، ٢١١)، الفروع (٤/ ٥٥٠).

(١) المنتقى للباجي (٦/ ٢١٢)، روضة الطالبين (٥/ ٨٠)، المهذب (١/ ٣٨١)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٨).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المشتري ليس له أن يلزم الشفيع بذلك[١].

قال المزني: «ولو اشترى شقصًا، وهو شفيع، فجاءه شفيع آخر، فقال له المشتري: خذها كلها بالثمن أو دع، وقال هو: بل آخذ نصفها كان ذلك له؛ لأنه مثله، وليس له أن يلزم شفعته لغيره»[٢].

وقال ابن قدامة: «إن أسقط المشتري حق شفعته ليلزم شريكه أخذ الكل لم يملك ذلك؛ لأن ملكه استقر على قدر حقه، فلم يسقط بإسقاطه»[٣].

«فإن قيل: هذا تبعيض للصفقة على المشتري. قلنا: هذا التبعيض اقتضاه دخوله في العقد، فصار كالرضا منه به، كما قلنا في الشفيع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص، وكما لو اشترى شقصًا وسيفًا»[٤].

❑ **الراجح:**

ثبوت الشفعة للشفيع ولو كان مشتريًا، والله أعلم.



---

(١) مختصر المزني (ص١٢١)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٩٨)، المبدع (٥/ ٢١٤)، المحرر (١/ ٣٦٦) المغني (٥/ ٢١١)، كشاف القناع (٤/ ١٤٩).

(٢) مختصر المزني (ص١٢١).

(٣) الكافي (٢/ ٤٢٤).

(٤) المغني (٥/ ٢١١)، وانظر كشاف القناع (٤/ ١٤٩).



الفصل العاشر
إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري

[م-١٠٣٩] اختلف العلماء في الأخذ بالشفعة إذا أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري:

القول الأول:

لا تثبت الشفعة للشفيع، وهو مذهب المالكية، وبه قال ابن سريج من الشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة(١).

جاء في المدونة: «أرأيت إن أقر البائع بالبيع، وجحد المشتري البيع، وقال: لم أشتر منك شيئًا، ثم تحالفا، وتفاسخا البيع، فقام الشفيع فقال: أنا آخذ الشفعة بما أقررت لي أيها البائع؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئًا، ولا أرى فيه شفعة؛ لأن عهدته على المشتري، فإذا لم يثبت للمشتري ما اشترى فلا شفعة له»(٢).

□ وجه هذا القول:

أن الشفعة فرع البيع، ولم يثبت فلم يثبت فرعه.

ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري، وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه.

---

(١) المدونة (٥/ ٤٢٣)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢١)، الذخيرة (٧/ ٣٣٨)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٦)، الخرشي (٦/ ١٧٣)، الوسيط (٤/ ٩٢)، المهذب (١/ ٣٨٤)، المغني (٥/ ١٨٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٨).

(٢) المدونة (٥/ ٤٢٣).

القول الثاني:

للشفيع أن يأخذ المبيع من البائع، إذا أقر بالبيع وأنكر المشتري، وهذا مذهب الحنفية، والأصح عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة(١).

جاء في الإنصاف: «وإن أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري، فهل تجب الشفعة؟ على وجهين: . . . أحدهما: تجب، وهو المذهب»(٢).

❑ وجه هذا القول:

أن البائع أقر بحقين: حق للمشتري، وحق للشفيع، فإذا سقط حق المشتري بإنكاره بقي حق الشفيع، كما لو أقر بدار لرجلين، فأنكر أحدهما.

ولأن البائع قد قام بأمرين: إقرار ودعوى.

أما الإقرار فهو إقراره على نفسه بالبيع، وهذا حجة عليه، ويؤاخذ به، وقد أقر أن الشفيع مستحق لأخذ هذه الدار بالشفعة، والشفيع يطلب ذلك، فيجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه.

وأما الدعوى فهي في حق المشتري، فالبائع يدعي على المشتري بالبيع، والمشتري ينكر ذلك، فلا يؤاخذ المشتري بدعوى البائع، ويقال له: ألك بينة، فإن أقامها لزم المشتري، وإن لم يقم البينة كان على المشتري اليمين، فإذا حلف لم يلزمه شيء، والله أعلم.

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٣٣، ٣٤)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٩٠)، المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٥٦٨)، مختصر المزني (ص١٢١)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٤)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٩)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٠)، المحرر (١/ ٣٦٧)، الإنصاف (٦/ ٣٠٩).

(٢) الإنصاف (٦/ ٣٠٩).

❑ الراجح:

أرى أن القول بأن للشفيع أخذ الشفعة بإقرار البائع هو القول الراجح، وقد يتهم المشتري بإنكاره العقد حتى يحرم الشفيع من أخذ الشقص، والله أعلم.





الفصل الحادي عشر
ما يأخذ به الشفيع إن كان الثمن مؤجلاً

[م-١٠٤٠] إذا بيع الشقص بثمن حال أخذه الشفيع بثمن حال، وهذا لا خلاف فيه.

[م-١٠٤١] واختلفوا فيما إذا أخذه المشتري بثمن مؤجل بم يأخذه الشفيع؟ على أربعة أقوال:

القول الأول:

يخير الشفيع بين أن يعجل الثمن، ويأخذ المبيع أو ينتظر إلى حلول الأجل، وليس له الحق في أخذ المبيع بالأجل.

وهذا مذهب الحنفية، والقول الجديد للشافعي[1].

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع، ولذلك حل دين الميت؛ لأن رضا ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه؛ لأن الذمم تتفاوت ملاءة وثقة وإعسارًا.

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٥٣)، الدر المختار (٦/ ٢٣١)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٢)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٤٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٦)، الوسيط (٤/ ٨٢)، روضة الطالبين (٥/ ٨٨)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٣)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠١)، الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٥٧).

ونوقش هذا بجوابين:

الجواب الأول:

الشفعة تستحق بصرف النظر عن رضا البائع أو رضا المشتري، ومن أين وجب مراعاة رضاهما وسخطهما، وهب أن البائع والمشتري لم يرضيا معاملة الشفيع فكان ماذا؟ فالشريك (الشفيع) أحق بالمبيع، والشرع فضله على المشتري فله الأخذ بما يبيع به جملة[١].

وحلول دين الميت إذا وجب مؤجلًا فيه نزاع، وما فيه نزاع لم يكن حجة يلزم به المخالف، وإذا قدم الورثة ضمينًا مليئًا لم يجب تعجيل الدين المؤجل على الميت على الصحيح.

الجواب الثاني:

أن عدم قبول الشفيع بسبب التفاوت في الملاءة يندفع في وجود ضمين مليء، أو رهن.

الوجه الثاني:

لما كان في إلزام الشفيع بدفع الثمن حالًا ضرر عليه؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن لم نلزم الشفيع بالتعجيل، بل قلنا: يتخير بين التعجيل وأخذ المبيع، أو الانتظار إلى حلول الأجل.

الوجه الثالث:

أخذ الشفعة باستحقاق الأجل يدخل في عقود المراضاة، ولا يدخل في الاستحقاق ما لم يكن مراضاة.

---

(١) انظر المحلى، مسألة (١٦٠١).

وبمعنى آخر: أن الأجل لم يجب بالبيع، وإنما وجب بالشرط، والشرط لم يوجد في حق الشفيع.

ويناقش:

الواجب على الشفيع دفع الثمن بقدره وصفته، والأجل من صفته.

القول الثاني:

إن كان مليئًا أو كفله مليء فله أن يأخذه بما أخذ به المشتري، زاد المالكية: أو وثق ذلك برهن.

وهذا مذهب المالكية والحنابلة، وقول في مذهب الشافعية حكاه حرملة(١).

جاء في المدونة: «قال مالك في الرجل يبتاع الشقص من الدار إلى أجل: إن الشفيع إن كان مليًا، فله أن يأخذها إلى ذلك الأجل، وإن لم يكن مليًا فأتى بحميل ملي ثقة، فذلك له في قول مالك»(٢).

❑ وجه ذلك:

أما كون الشفيع يستحق أن يأخذه مؤجلًا فلأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفته.

وأما وجوب الضمين أو الرهن فلأن في تسليم المبيع إلى الشفيع مع تأجيل

---

(١) المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٨)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٦)، الشرح الكبير (٣/ ٤٧٦)، الخرشي (٦/ ١٦٥)، منح الجليل (٧/ ١٩٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٨)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٣٨)، الوسيط (٤/ ٨٣)، وقال عنه الماوردي في الحاوي بأنه القول القديم (٧/ ٢٥٣).

(٢) المدونة (٥/ ٤٠٦).

الثمن فيه ضرر بالمشتري فاحتاج الأمر إلى ضامن مليء يضمن حق المشتري لدفع الضرر عنه.

ونوقش هذا:

بأن الواجب على المشتري ثمن المشفوع فيه، والضمين والرهن وثيقة بالثمن، وليسا من جملة الثمن، فلا يجب على المشتري، والاستحقاق: هو أخذ الشفيع الشفعة، وهذا لا يشترط له الرضا، وأما استحقاق الأجل فليس من الشفعة، ولا يستحق إلا بالرضا.

القول الثالث:

يأخذ الشفيع الشقص بأجله مطلقًا، وهو قول زفر من الحنفية، والقول القديم للشافعي، وبه قال ابن حزم[1].

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن، وصفته، والتأجيل من صفته فله أن يأخذه بذلك.

الوجه الثاني:

أن تعجيل المؤجل استزادة في الثمن، والمشتري ممنوع من الاستزادة، ولا يمكن للمشتري أن يقول: أحط لك من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لأمرين:

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٥٣)، روضة الطالبين (٥/ ٨٨)، المحلى، مسألة (١٦٠١).

أحدهما: أنه مفض إلى الربا كما لو كان الثمن نقودًا؛ لأنه يفضي إلى مبادلة النقود بالنقود مع التفاضل.

قلت: هي شبيهة بمسألة الصلح عن المؤجل ببعضه حالًا، وفيها خلاف، وقد سبق بحث هذه المسألة، وهي عكس مسألة الربا.

الثاني: أن ما استحق تأجيله لم يلزمه تعجيله.

القول الرابع:

يأخذ الشفيع المبيع بعرض يساوي الثمن المؤجل، وهذا القول حكاه ابن سريج من الشافعية[١].

❑ وجه هذا القول:

أن المشتري لا يمكن أن يطالب الشفيع بالثمن حالًا؛ لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري، كما أنه لا يلزمه أن يقبل أن يأخذه الشفيع مؤجلًا؛ لأن الذمم لا تتماثل، ولا يمكن أن يحط عنه من النقود بقدر التأجيل؛ لأن ذلك مفض إلى الربا، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته.

❑ الراجح:

الخلاف في المسألة خلاف قوي، والأجل له وقع في الثمن، فاستحقاق الثمن معجلًا لا يستحقه المشتري، وإجباره على قبول الأجل مطلقًا فيه ضرر عليه، فكان القول الوسط، وهو مقتضى العدل أن يطلب المشتري ضمينًا مليئًا، أو رهنا، والله أعلم.

---

(١) الوسيط (٤/ ٨٣).



الفصل الثاني عشر
إذا حط البائع أو زاد بعد البيع

[م-١٠٤٢] إذا حط البائع أو زاد بعد البيع، فهل يثبت ذلك في حق الشفيع؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يسقط عن الشفيع ما يحطه البائع عن المشتري مطلقًا، سواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعده، بخلاف الزيادة على الثمن فإنها لا تلزم في حق الشفيع.

وهذا مذهب الحنفية(١).

□ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤].

وجه الاستدلال:

أنه إذا جاز إلحاق الزيادة والحط من المهر بعد وجوبه، جاز ذلك في عقد البيع.

ويناقش:

ليس الكلام على جواز الزيادة والحط، وإنما الخلاف في توصيف هذه

---

(١) الفتاوى الهندية (٥/ ١٩٩)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٠)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٧٦)، البحر الرائق (٨/ ١٥٢، ١٥٣)، المبسوط (١٤/ ١٠٧)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠).

الزيادة والحط، هل هما تبرع باعتبار أن العقد أصبح لازمًا بالثمن الأول؟ أو رجوع عن الثمن الأول إلى ثمن آخر وذلك بتعديل العقد.

الدليل الثاني:

أن الحط قد غير العقد عن وجهه الأول، وهو كونه بذلك المقدار إلى كونه بهذا المقدار، ورأينا أن الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة إلى صفة، فلهما أن يحولا العقد من عدم اللزوم إلى اللزوم بإسقاط الخيار، وعكسه بإلحاق الخيار، وكذا من كونه حالًا إلى مؤجل بإلحاق الأجل.

ومن وجوده بعد تحققه في الوجود إلى إعدامه بلا سبب سوى اختيارهما، كما لو أَقَالَ أحدهما الآخر، فأولى أن يثبت لهما تغيير الثمن والحط منه[(١)].

ويناقش:

إذا كان الفقهاء متفقين على أن الزيادة بعد لزوم العقد لا تلحق بأصل الثمن لمن أخذ بالشفعة، ولو كانت الزيادة تعديلًا للعقد الأول للحقت الزيادة لمن أخذ المبيع بالشفعة، فدل ذلك على أن الزيادة أو الحط إنما هما من قبيل التبرع، وليس تعديلًا للعقد الأول[(٢)].

ويناقش هذا:

بأن النقص والزيادة كليهما تعديل للعقد الأول، وإنما لم تلحق الزيادة بتعديل العقد؛ لأن الشفعة استحقت قبل حصول الزيادة، فلم تلزم الشفيع.

القول الثاني:

إن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع وضع ذلك عن الشفيع، بأن

---

(١) انظر فتح القدير (٦/ ٥٢٠، ٥٢١)، وانظر العناية بهامش الكتاب.

(٢) انظر تهذيب الفروق (٣/ ٢٩٠).

يكون مقدار ما حطه البائع عن المشتري مما جرت العادة بحطه من الثمن بين الناس، وكان المتبقي من الثمن يشبه أن يكون ثمنًا للشقص، وإن كان لا يحط مثله فهي هبة، ولا يحط عن الشفيع شيء. وهذا مذهب المالكية[(١)].

❏ **وجه هذا القول:**

أن المتبقي من الثمن إن كان يشبه أن يكون ثمن مثله كان الحط من الثمن ليس تبرعًا محضًا من البائع، بل وصول إلى الثمن الحقيقي للشقص، فيسقط الحط عن الشفيع، وقد تكون الزيادة من أجل أن يترك الشفيع الشفعة.

وإذا كان المتبقي لا يشبه أن يكون ثمنًا قطعنا أن ذلك كان على وجه التبرع، فلا يسقط عن الشفيع.

القول الثالث:

إن كان الحط أو الزيادة بعد لزوم العقد لم يحط منه شيء عن الشفيع، وإن كان الحط أو الزيادة قبل لزوم العقد كما في خيار المجلس، أو في مدة خيار الشرط فإنه يحط عن الشفيع، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[(٢)].

❏ **وجه هذا القول:**

أن الزيادة والنقص قبل لزوم العقد يعتبر جزءًا من الثمن؛ لأن العقد قبل لزومه لم يستقر، فالثمن فيه قابل للزيادة والنقص، فما حط عن المشتري حط عن

---

(١) المدونة (٥/ ٤٠٩) و (٥/ ٤١١)، التاج والإكليل (٥/ ٣٣١)، الخرشي (٦/ ١٨٠)، الذخيرة (٧/ ٣٥١)، جامع الأمهات (ص٤١٩)، الشرح الكبير (٣/ ٤٩٥).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٩٠)، المهذب (١/ ٢٨٩، ٣٧٨)، مختصر المزني (ص١٢٠، ١٢١)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٠)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٥)، المغني (٥/ ٢٠١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٨)، كشاف القناع (٤/ ١٦٠).

الشفيع، وما زيد لزم الشفيع، وأما بعد لزوم العقد واستقرار الثمن فإنه هبة تعتبر لها شروط الهبة، ولا تحط عن الشفيع، ولا يلزمه ما زاده المشتري بعد لزوم العقد؛ لأنه تبرع محض.

❑ الراجح:

الذي أميل إليه أن مذهب الشافعية والحنابلة أقوى؛ وإن كان مذهب المالكية فيه قوة، ويراعي المعنى الذي من أجله حط البائع أو زاد إلا أن القواعد تتمشى مع مذهب الشافعية والحنابلة، فالعقد قبل لزومه لا يعتبر ثمنه مستقرًا، وأضعف الأقوال قول الحنفية، والله أعلم.



الفصل الثالث عشر
إذا اختلف البائع والمشتري بالثمن

[م-١٠٤٣] إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فهل يأخذ الشفيع المبيع بقول البائع، أو بقول المشتري؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إذا ادعى البائع الأكثر يتحالفان، ويترادَّان، وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفيع بذلك، وإن حلفا فسخ القاضي البيع، ويأخذها الشفيع بقول البائع إن كان لم يقبض الثمن، وإن كان قد قبض الثمن أخذها بما قال المشتري، ولم يلتفت إلى قول البائع، هذا مذهب الحنفية[(١)].

□ وجه هذا القول:

أن البائع إذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتمليكه، فيرجع مقدار ما ملك به إلى قوله بخلاف ما إذا قبض الثمن فإن القول قول المشتري؛ لأنه إذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع أصلًا، وصار أجنبيًا، فالتحق تصديقه بالعدم[(٢)].

القول الثاني:

ذهب المالكية أن البائع والمشتري إذا اختلفا في قدر الثمن يتحالفان، ويتفاسخان، فإن حلفا أو نكلا فسخ البيع، وبطلت الشفعة[(٣)].

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٣١)، بدائع الصنائع (٥/ ٣١)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٨٥).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٣١).

(٣) المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٦).

وإن نكل المشتري، وحلف البائع على دعواه أخذ البائع ما حلف عليه من الثمن، فإذا قام الشفيع على المشتري ليأخذ الشقص، فقولان في مذهب المالكية:

أحدهما: يأخذه بما ادعى به المشتري؛ لأنه الثمن الذي أقر به، وادعى أن البائع قد ظلمه في الزائد، فلا تلزم الشفيع، وبه قال ابن المواز.

وقيل: يأخذه بما أدى المشتري للبائع؛ لأن من حجته أن يقول: إنما ملكت الشقص بها، فلم يتم لي الشراء إلا بها، وبه قال ابن عبد الحكم، وأصبغ[١].

القول الثالث:

يأخذه الشفيع بقول المشتري مطلقًا حتى لو ثبت قول البائع بالبينة، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة[٢].

جاء في فتح العزيز: «ولو اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فإن ثبت قول المشتري فذاك، وإن ثبت قول البائع بالبينة أو باليمين المردودة، فعلى المشتري ما ادعاه البائع، والشفيع يأخذ بما ادعاه المشتري لاعترافه بأن البيع جرى بذلك، والبائع ظالم بالزيادة»[٣].

❑ وجه هذا القول:

أن الشفيع مقر له باستحقاقه بالثمن الذي ادعاه، ويدعي أن البائع ظلمه بالزيادة، فلا تلزم الشفيع.

---

(١) منح الجليل (٧/ ٢٤٤)، الشرح الكبير (٣/ ٤٩٦)، شرح الخرشي (٦/ ١٨١)،.

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٩٧)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٧١، ٤٧٢)، المهذب (١/ ٣٨٣، ٣٨٤)، الإقناع (٢/ ٣٧٥)، الإنصاف (٦/ ٣٠٥)، المغني (٥/ ٢٠٨).

(٣) فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٧١، ٤٧٢).

❑ الراجح:

أرى أن الراجح أن المتداعيين إن تحالفا أو نكلا فسخ البيع، ولم تثبت حينئذ شفعة لعدم ثبوت البيع، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر لزم الناكل ما حلف به صاحبه، فإن حلف المشتري ونكل البائع لزم البائع ما حلف عليه المشتري، والشفيع يأخذه في الحالة هذه بما أخذه به المشتري.

وإن حلف البائع، ونكل المشتري لزم المشتري أخذ المبيع بما ادعى به البائع، وأما الشفيع فلا يأخذه إلا بما أقر به المشتري مطلقًا، سواء لزمه ما أقر به، أو لزمه ما ادعاه عليه البائع، والله أعلم.





الفصل الرابع عشر
إذا اختلف المشتري والشفيع

[م-١٠٤٤] تقدم لنا الخلاف في مسألة: اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن، فهل يختلف الحكم فيما لو كان الخلاف بين المشتري والشفيع في قدر الثمن، ولم تكن هناك بينة لأحدهما؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

القول قول المشتري مع يمينه.

وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة(١).

قال في الحاوي: «إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فادعى المشتري أن الثمن ألف، وقال الشفيع: خمسمائة، ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشتري مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أنه مباشر للعقد، فكان أعلم به من غيره.

الثاني: أنه مالك للشقص فلم ينزع منه إلا بقوله. فإن حلف المشتري على ما ادعى من الثمن أخذه الشفيع به إن شاء، وإن نكل المشتري ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف أخذه بما قال»(٢).

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤٩)، البحر الرائق (٨/ ١٥٠)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٩)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٦٠)، مختصر المزني (ص١٢٠)، المهذب (١/ ٣٨٣)، روضة الطالبين (٥/ ٩٧)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٣)، المغني (٥/ ٢٠٥)، المحرر في الفقه (١/ ٣٦٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٦).

(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٦).

وجاء في المغني: «وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري إلا أن يكون للشفيع بينة»[١].

القول الثاني:

مذهب المالكية، وفيه ثلاثة أقوال:

المشهور من المذهب أن القول قول المشتري مع يمينه فيما يشبه كونه ثمنًا معتادًا لمثل الشقص سواء أشبه الشفيع أم لا. وإن لم يشبه المشتري فالقول قول الشفيع إن أشبه[٢].

«قال ابن القاسم: إذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع؛ لأنه مدعى عليه، إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق»[٣].

وجاء في المدونة: «قلت - القائل سحنون - أرأيت إن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الذي اشتريت به الدار، القول قول من في قول مالك؟

قال: قال مالك: القول قول المشتري، إلا أن يأتي بما لا يشبه فلا يصدق عندي، إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك، يرغب أحدهم في الدار لضيق داره فيثمنها، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه.

قلت: وما معنى قوله: إذا أتى بما يشبه؟

قال: يشبه أن يكون ثمنها فيما يتغابن الناس فيه.

قلت: أرأيت إن أقاما جميعا البينة؟

---

(١) المغني (٥/ ٢٠٥).

(٢) الذخيرة (٧/ ٣٣٥)، منح الجليل (٧/ ٢٤٢، ٢٤٣)، مواهب الجليل (٥/ ٣٣٢).

(٣) منح الجليل (٧/ ٢٤٣).

قال: إذا تكافأت البينتان في العدالة، فالقول قول المشتري في الثمن، وهما بمنزلة من لا بينة لهما؛ لأن الدار في يده وهذا رأيي»[١].

القول الثاني في مذهب المالكية: أن القول قول المشتري مطلقًا، أتى بما يشبه أم لا. وهذا قول مطرف[٢].

القول الثالث: يقوم الشقص قيمة عدل، ويخير الشفيع بين أن يشفع بتلك القيمة أو يترك. وهذا القول لابن حبيب[٣].

❑ الراجح:

أن القول قول المشتري مع يمينه، والله أعلم.



(١) المدونة (٥/ ٤٠٤).

(٢) شرح ميارة (٢/ ٥٣).

(٣) المرجع السابق.



الباب الثالث
في أحكام المشفوع فيه

الفصل الأول
الشفعة في العقار

المبحث الأول
الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة

[م-١٠٤٥] أجمع العلماء القائلون بالشفعة على ثبوت الشفعة في العقارات التي تقسم قسمة إجبار[(١)].

قال ابن تيمية: «اتفق الأئمة على ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة؛ قسمة الإجبار، كالقرية، والبستان، ونحو ذلك»[(٢)].

---

(١) والعقارات قسمان:

الأول: عقار كبير واسع، لا تميز بين أجزائه، كالدور الكبار، والبستان والأرض الواسعة، فهذه تجب قسمتها إذا طلب أحد الشريكين؛ لأنه لا ضرر في قسمتها، وتسمى هذه قسمة إجبار، وهي إفراز لا بيع.

الثاني: عقار صغير: كحمام، ودكان ضيق، وهذه لو قسمت لم يعد كل قسم صالحًا للانتفاع والبيع، فلا تقسم مثل هذه إلا برضا الشريكين، أو الشركاء جميعًا لوجود الضرر في قسمتها.

وضابط ذلك: أنه إذا كانت الأرض تنقسم بدون ضرر، ولا رد عوض، فالقسمة إجبارية، وإذا كانت لا تنقسم إلا بضرر، أو رد عوض، فالقسمة اختيارية.

(٢) انظر الاختيارات (ص١٦٧)، والفتاوى (٣٠/ ٣٨٢)، الإنصاف (٦/ ٢٥٧)، وانظر مع =

[م-١٠٤٦] واختلفوا في ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة على قولين:

القول الأول:

تثبت به الشفعة، وهو مذهب الحنفية، وأحد القولين عن مالك، والقول القديم للشافعي، اختاره بعض أصحابه كابن سريج، ورواية عن أحمد، رجحها ابن عقيل، وابن تيمية، وبه قال ابن حزم(١).

القول الثاني:

لا تثبت الشفعة فيما لا يقبل القسمة، وهو القول الثاني عن مالك، والقول الجديد للشافعي، والمشهور من مذهب الحنابلة(٢).

مرجع الخلاف بين القولين:

يرجع الخلاف في هذه المسألة إلى مسألة سابقة، هل شرعت الشفعة لدفع ضرر القسمة، أو لدفع ضرر الشركة؟

= ذلك المبسوط (١٤/ ٩٣)، نهاية المحتاج (٥/ ١٩٦)، الفتاوى (٣٠/ ٣٨١)، الإجماع لابن المنذر (ص٩٥).

(١) الحجة على أهل المدينة (٣/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٢)، المبسوط (١٤/ ٩٣)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٤)، البحر الرائق (٨/ ١٥٦)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٥١)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي (٢/ ٦٣٧)، المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٠)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٥)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، الذخيرة (٧/ ٢٨٩، ٢٩٠)، روضة الطالبين (٥/ ٧٠، ٧١)، فتح العزيز شرح الوجيز (١١/ ٣٨٠)، الفتاوى الكبرى (٥/ ٤٢٢)، الإنصاف (٦/ ٢٥٧)، المحلى (٨/ ٣) مسألة (١٥٩٥).

(٢) شرح الخرشي (٦/ ١٦٤)، الشرح الكبير (٣/ ٤٧٦)، الكافي لابن عبد البر (ص٤٣٦)، المقدمات الممهدات (٣/ ٦٤)، عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٧٥٩)، روضة الطالبين (٥/ ٧٠، ٧١)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٧)، نهاية المحتاج (٥/ ١٩٥)، المحرر (١/ ٣٦٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٥)، كشاف القناع (٤/ ١٣٨).

فمن قال: إن العلة لدفع ضرر الشركة رأى أن الشفعة تجري فيما ينقسم، وفيما لا ينقسم.

ومن قال: إن العلة لدفع ضرر القسمة، رأى أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم من الأصول.

❑ أدلة القائلين بمنع الشفعة فيما لا ينقسم:

الدليل الأول:

(ح-٦٣٨) ما رواه البخاري، من طريق عبد الواحد، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، **عن جابر ﷺ قال: قضى رسول ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم. . .)** وذكر بقية الحديث[١].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: **(في كل ما لم يقسم)** دليل على ثبوت الشفعة فيما ينقسم خاصة، أما ما لا يصح فيه القسمة فإنه لا يقال فيه: ما لم يقسم، كما لا يقال في الإنسان: يثبت فيه حكم كذا وكذا ما لم يقسم[٢].

وقوله ﷺ: **(فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)** دليل على اختصاص الشفعة فيما يقسم في كل ما يتأتى فيه إيقاع الحدود، وذلك خاص بالأشياء الواسعة التي يمكن قسمتها.

ويجاب:

بأن الحديث بَيَّن انقطاع الشفعة عند وقوع الحدود وتصريف الطرق، وقبل

(١) البخاري (٢٢٥٧).

(٢) انظر المنتقى للباجي (٦/ ١٩٩، ٢٠٠).

ذلك فالشفعة ثابتة في المشاع، لأنه يصح أن يقال في العقار الذي لا ينقسم: إنه لم تقع فيه الحدود ولم تصرف فيه الطرق فلا تنفى عنه الشفعة، فالحديث يوجب الشفعة في المشاع، ويبطلها في المقسوم، والمشاع يشمل ما يقسم وغيره، فالحديث غايته أنه أثبت الشفعة فيما نفى عنه القسمة، إما لأنها لا تقبل القسمة، وإما أنها تقبل، ولم تقع القسمة.

ورد هذا الجواب:

بأن النفي في الحديث جاء بلفظ (لم) في قوله: (في كل ما لم يقسم) ومقتضاها قبول المحل الفعل المنفي، وتوقع وجوده، ألا تراك تقول: الحجر لا يتكلم، ولو قلت: الحجر لم يتكلم لكان ركيكًا من القول لإفهامه قبوله للكلام، وتقول للبصير لم يبصر، لإمكان الرؤية منه، ولا تقول عنه: لا يبصر.

ويجاب عن هذا الرد:

بأن العقار كله يقبل القسمة، ولكن المانع من قسمة العقار الصغير يعود إلى أمر خارج عن العقار، وهو الضرر الناتج من القسمة، ولذلك قال شيخنا ابن عثيمين رحمه الله: قوله ﷺ: (فإذا وقعت الحدود) يشمل كل ما يمكن قسمته، سواء أكانت قسمته قسمة إجبار أم اختيار، حتى الذي يمكن قسمته قسمة تراض يمكن أن تقع فيه الحدود، وتصرف فيه الطرق[١].

جواب آخر:

قال بعضهم: بأن حديث قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم هذا القول من الرواي حكاية قضية من النبي ﷺ قضى بها، وليس بعموم لفظ، ولا

---

(١) انظر الشرح الممتع (١٠/ ٢٤٧).

حكاية قول منه ﷺ، والحجة إنما هي في قول النبي ﷺ أو فعله، وليست في حكاية الراوي[١].

ويجاب عن ذلك:

بأن الصحابي إذا حكى فعلًا من أفعال النبي ﷺ ظاهره العموم فهو على عمومه في قول أكثر العلماء؛ لأن الصحابي عدل ضابط، لا يروي ما يدل على العموم إلا وهو جازم بالعموم خلافًا لما اختاره كثير من الأصوليين فيما حكاه الآمدي عنهم، واختاره إمام الحرمين، والرازي من أنه لا عموم فيما حكاه الصحابي؛ لأن الحجة إنما هي في المحكي، وهو قول النبي ﷺ أو فعله، وليست في حكاية الراوي، والمحكي قد يكون خاصًا فيتوهمه الراوي عامًا، والأول أرجح لقوة مأخذه، والله أعلم.

الدليل الثاني:

(ح-٦٣٩) ما رواه أبو عبيد بن سلام في كتابه غريب الحديث معلقًا بدون إسناد، قال أبو عبيد: في حديثه عليه السلام أنه قضى أن لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منقبة، ولا ركح، ولا رهو[٢].

وجه الشاهد:

قوله: (ولا منقبة) قال ابن الجوزي في التحقيق: والمنقبة: الطريق بين القوم لا يمكن قسمته[٣].

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٧٩).
(٢) غريب الحديث لابن سلام (٣/ ١٢١).
(٣) التحقيق (٢/ ٢١٧).

ويجاب عنه:

بأن الحديث معلق، والمعلق لا حجة فيه، وإنما الحجة في المسند.

الدليل الثالث:

(ث-١١٣)ما رواه ابن الجوزي من طريق سعيد بن منصور، قال: حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد، حدثني محمد بن عمارة، أخبرنا أبو بكر محمد بن عمرو ابن حزم، قال: خطب عمر الناس، فقال: لا شفعة في بئر، ولا نخل[(١)].

[منقطع، والمعروف أن الأثر عن عثمان رضي الله عنه][(٢)].

الدليل الرابع:

(ث-١١٤) ما رواه ابن أبي شيبة، والإمام أحمد قالا: حدثنا ابن إدريس، عن محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، **عن أبان بن عثمان، قال: قال عثمان: لا شفعة في بئر، ولا فحل، والأرف يقطع كل شفعة**[(٣)].

[صح عن عثمان موقوفًا، وروي مرفوعًا، ولا يصح][(٤)].

---

(١) تحقيق الخلاف (٢/ ٢١٧).

(٢) قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٣/ ٥٩): «هذا الأثر منقطع».
قلت: خالف ابن إدريس وغيره عبد الرحمن بن أبي الزناد، فرووه عن عن محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن عمرو بن حزم، عن أبان بن عثمان، عن عثمان موقوفًا عليه.
وسيأتي أثر عثمان إن شاء الله تعالى في الدليل الآتي.

(٣) المصنف (٤/ ٤٥٤)، مسائل الإمام أحمد رواية أبي الفضل (١٦١٢).

(٤) الأثر قد اختلف في إسناده:
فرواه ابن أبي شيبة كما في المصنف (٢٢٠٧١).
وأحمد كما في تنقيح التحقيق (٣/ ٥٩).
وابن نفيل كما في العلل لابن أبي حاتم، رووه عن ابن إدريس.
=

الدليل الخامس:

أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر مقاسمة الشريك، وهذا الضرر يتحقق بوجوه منها، أن العقار قد تنقص قيمته إذا قسم، وقد يحتاج كل واحد من المتقاسمين إلى إحداث مرافق جديدة في نصيبه، ومنها ما يلزم لقسمته من المؤن والأجر إذ ليس كل واحد يحسن قسمته، وهذه العلة علة صحيحة يشهد لصحتها

= ورواه صفوان بن عيسى كما في العلل للدارقطني (٣/ ١٤)، كلاهما (ابن إدريس وصفوان ابن عيسى) عن محمد بن عمارة بن عمرو بن حزم، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان، عن عثمان موقوفًا.

وذكر البيهقي في السنن (٦/ ١٠٥) قال أبو عبيد: حدثناه عبد الله بن إدريس، عن محمد ابن عمارة، عن أبي بكر بن حزم أو عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم، الشك من أبي عبيد، عن أبان ابن عثمان، عن عثمان موقوفًا.

وقال الشافعي في الأم (٤/ ٤): أخبرنا الثقة، عن عبد الله بن إدريس به موقوفًا.

وخالفهم مالك، فرواه في الموطأ (٢/ ٧١٧)، ومن طريقه عبد الرزاق في المصنف (١٤٤٢٦)، والتمهيد لابن عبد البر (٧/ ٤٩) عن محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن حزم، عن عثمان موقوفًا، ولم يذكر أبان.

ورواه يزيد بن عياض كما في العلل للدارقطني (٣/ ١٤) عن أبي بكر بن حزم، عن أبان ابن عثمان، عن أبيه، عن النبي ﷺ. ورفعه منكر، يزيد بن عياض ضعيف.

فالراجح من رواية ابن إدريس أنها موقوفة.

ورواه عبد الرزاق (١٤٤٢٧) قال: أخبرنا ابن أبي سبرة، عن محمد بن عمارة، عن محمد بن أبي بكر أن النبي ﷺ قال: **لا شفعة في ماء، ولا طريق، ولا فحل**، يعني النخل.

وهذا ضعيف جدًا، ابن أبي سبرة رمي بالوضع.

قال الدارقطني في العلل (٣/ ١٤): «يرويه محمد بن عمارة بن عمرو بن حزم، عن أبي بكر ابن حزم، عن أبان بن عثمان، قاله صفوان بن عيسى، وابن إدريس.

ورواه مالك، عن محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن حزم، عن عثمان. ولم يذكر أبان. وكلهم وقفوه.

ورواه يزيد بن عياض، عن أبي بكر بن حزم، عن أبان بن عثمان، عن أبيه، عن النبي ﷺ، والموقوف أصح، ويزيد بن عياض ضعيف». اهـ

طردها وانعكاسها، ألا ترى أن العروض التي تنقسم بالكيل والوزن لا شفعة فيها إذ لا مؤونة في قسمتها(١).

❑ دليل من قال بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم:

الدليل الأول:

(ح-٦٤٠) ما رواه مسلم من طريق ابن وهب، عن ابن جريج، أن أبا الزبير أخبره، أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله ﷺ: **الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه**(٢).

فقوله ﷺ: (**في كل شرك**) مطلق يشمل ما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

الدليل الثاني:

(ح-٦٤١) ما رواه الترمذي من طريق أبي حمزة السكري، عن عبد العزيز ابن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: **الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء**(٣).

[المحفوظ أنه مرسل، والمرسل لا حجة فيه](٤).

الدليل الثالث:

(ح-٦٤٢) ما رواه الطحاوي من طريق يوسف بن عدي، قال: ثنا

---

(١) انظر المقدمات الممهدات (٣/ ٦٥).

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٨).

(٣) سنن الترمذي (١٣٧١)، ورواه الطبراني في المعجم الكبير (١١٢٤٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٥)، والدارقطني في السنن (٤/ ٢٢٢)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٠٩) من طريق أبي حمزة به.

(٤) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر (ح٦٤٩).

ابن إدريس، عن ابن جريج، عن عطاء عن جابر رضي الله عنه، **قال: قضى رسول الله بالشفعة في كل شيء**[١].

[خالف فيه يوسف بن عدي غيره في إسناده ومتنه][٢].

الدليل الرابع:

أن الأرض التي لا يمكن قسمتها ولا تقسم إلا بالتراضي أولى بثبوت الشفعة من الأرض التي تقسم إجبارًا؛ لأن ما لا يمكن قسمتها لا يمكن أن يتخلص من الشريك الجديد بخلاف الأرض التي يمكن قسمتها فيمكن التخلص منه بطلب القسمة.

وأجيب:

بأن هذا الدليل يصلح لمن قال: إن العلة في الشفعة لدفع ضرر الشركة، وأما من قال: إن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة فلا يسلم لهذا الدليل.

❑ الراجح من الخلاف:

بالنظر في الأدلة نجد أن الخلاف في هذه المسألة خلاف قوي، ولكل قول دليله، وإن كنت أميل إلى قول القائل بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم، والله أعلم.



(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٦).

(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى، انظر (ح ٦٥٠).



المبحث الثاني
الشفعة في البناء المتعدد الأدوار

[م-١٠٤٧] اختلف العلماء في الشفعة في البناء المتعدد الطوابق على أقوال:

القول الأول:

إذا بيع سفل عقار دون علوه، أو علوه دون سفله، أو بيعا جميعًا ففيهما الشفعة، وهو مذهب الحنفية(١).

❑ وجه القول بالشفعة:

أن أحدهما بالنسبة للآخر إما شريك في الحقوق إن كان طريق العلو يمر بالسفل، وإما جار ملاصق إن كان طريق العلو على الطريق العام مستقلًا.

وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو فعلى قول أبي يوسف بطلت؛ لأن الجوار بالاتصال وقد زال، وعلى قول محمد تجب؛ لأنها ليست بسبب البناء، بل بالقرار، والقرار باق.

وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كل إلى السكة مستقلًا، فبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل، وإن بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط الأولى.

وسبق أن ذكرنا الخلاف في شفعة الجار، والشريك في الحقوق وذكرنا أدلة

---

(١) الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٤)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣)، تحفة الفقهاء (٣/ ٥١)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٧)، البحر الرائق (٨/ ١٤٤)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٢)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٥).

الحنفية على ثبوت الشفعة للجار الملاصق والشريك في المرافق، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا.

القول الثاني:

لا شفعة لعلو على سفل وعكسه، وهذا مذهب المالكية، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة[١].

جاء في المدونة: «أرأيت إن بعت عوالي لي، وتحته سفل لغيري، أو بعت سفليًا لي، وعليه عوالٍ لغيري، أتكون لبعضهم الشفعة فيما باع صاحبه في قول مالك؟ قال: لا شفعة لهم؛ لأن هؤلاء قد عرف كل واحد منهما حقه ما هو، وحيث هو»[٢].

❑ وجه القول بعدم الشفعة:

أن سبب الشفعة هو الاشتراك، ولا اشتراك بينهما هذا تعليل المالكية.

بل إن الحنابلة والصحيح من مذهب الشافعية لا يقولون بالشفعة في علو، حتى ولو كان مشتركًا؛ لأنه لا أرض له فهو بمنزلة الأبنية المفردة، وأما السفل فإن كان مشتركًا، والعلو خالصًا لأحدهما ثبتت الشفعة في السفل دون العلو لعدم الشركة فيه.

---

(١) انظر في مذهب المالكية: التاج والإكليل (٥/ ٣١٩)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨١)، شرح الخرشي (٦/ ١٦٩)، منح الجليل (٧/ ٢٠٨).
وانظر في مذهب الشافعية: روضة الطالبين (٥/ ٧٠)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٤٤)، نهاية المحتاج (٥/ ١٩٧)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٧)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٠).
وانظر في مذهب الحنابلة: المغني (٥/ ١٨٠)، مطالب أولي النهى (٤/ ١١٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٧).

(٢) المدونة (٥/ ٤٥٥).

جاء في شرح منتهى الإرادات: «وما بيع من علو مشترك دون سفله فلا شفعة فيه مطلقًا، وبالعكس إذا باع الشريك العلو، وحصته من السفل فلشريك الشفعة في السفل فقط»[١].

وجاء في مطالب أولي النهى: «فإن باع سفلًا مشتركًا بين اثنين فأكثر، والعلو خالص لأحد الشريكين، فباع رب العلو نصيبه من السفل ثبتت الشفعة في السفل فقط دون العلو لعدم الشركة فيه»[٢].

القول الثالث:

قالوا: إن كان السفل مشتركًا، والعلو لأحدهما فباع صاحب العلو نصيبه، فوجهان:

أحدهما: أن للشريك أن يأخذ السفل ونصف العلو؛ لأن الأرض مشتركة، وعلوها تابعها. وأصحهما لا يأخذ إلا السفل[٣].

وإن كان السفل لواحد، وعلوها مشتركًا، فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو؛ لأنه بناء مفرد. وإن كان السقف مشتركًا ففيه وجهان في مذهب الشافعية.

أحدهما: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه لا يتبع أرضًا، وهو أصح الوجهين.

الثاني: تثبت فيه الشفعة؛ لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه، ويأوي إليه، فهو كالأرض، وساقه ابن قدامة احتمالًا[٤].

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٧)، وانظر روضة الطالبين (٥/ ٧٠).

(٢) مطالب أولي النهى (٤/ ١١٠).

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٧٠).

(٤) الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٤)، روضة الطالبين (٥/ ٧٠)، المهذب (١/ ٣٧٧)، الشرح الكبير (٥/ ٤٧٣)، المغني (٥/ ١٨٠).

قال الغزالي: «دار سفلها لواحد، وعلوها مشترك، إن كان السقف لصاحب السفل، فلا شفعة في العلو؛ لأنه لا أرض له، فلا ثبات، وإن كان السقف لشركاء العلو، فوجهان:

ووجه المنع: أنه لا أرض له، والسقف لا ثبات له»[١].

❑ **الراجح:**

أرى أن الراجح مذهب الحنفية، وأن الشفعة لهما لأنه لا يخلو من اشتراك بين صاحب العلو والسفل، فلا يقوم العلو إلا معتمدًا على السفل، وهذا نوع اشتراك، والله أعلم.

***

(١) الوسيط (٤/ ٧١).

الفصل الثاني
الشفعة في المنقول

المبحث الأول
أن يباع المنقول منفردًا

المقصود بالمنقول: هو ما يمكن تحويله من مكان لآخر كالحيوان، والثوب والسيف، ويقابله الأرض والعقار.

[م-١٠٤٨] وقد اتفق الفقهاء في ثبوت الشفعة في عقار يمكن قسمته ونحوه من البساتين.

قال ابن المنذر: «لا اختلاف بين أهل العلم في إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يباع من أرض أو دار أو حائط»(١).

[م-١٠٤٩] ولم يختلف الفقهاء فيما أعلم في ثبوت الشفعة في البناء والغرس تبعًا للأرض(٢).

(ح-٦٤٣) ومستندهم ما رواه مسلم من طريق ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط،**

---

(١) الإقناع (١/ ٢٦٧) وانظر مجمع الأنهر (٢/ ٤٨٠)، الهداية لأبي الخطاب (١/ ١٩٧).

(٢) انظر المغني لابن قدامة (٥/ ١٨٠)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، المنتقى للباجي (٢/ ٢٠٠)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩)، المغني مع الشرح الكبير (٥/ ٤١٧)، الفروع (٤/ ٥٢٩)، وانظر أحكام المشاع في الفقه الإسلامي للدكتور الشيخ صالح السلطان (١/ ٤١٣).

لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به[١].

وجه الاستدلال:

أن لفظ (ربعة) يتناول الأبنية، ولفظ (حائط) يتناول الأشجار.

[م-١٠٥٠] وأما الشفعة في المنقول فيما لم يقسم كما لو باع أحد الشريكين نصيبه في حيوان أو ثمرة، فهل للشريك أن يأخذ نصيب شريكه بالشفعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول:

لا شفعة في المنقولات، وهو مذهب الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وقول في مذهب المالكية[٥].

☐ أدلة الجمهور على عدم ثبوت الشفعة في المنقولات:

الدليل الأول:

(ح-٦٤٤) ما رواه البخاري من طريق معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة

---

(١) مسلم (١٦٠٨).

(٢) الحجة (٣/ ٩٠)، البحر الرائق (٧/ ١٩٨)، المبسوط (١٤/ ٩٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٨)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، فتاوى السغدي (١/ ٤٩٧)، حاشية ابن عابدين (٧/ ٤١٨).
وفي مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٠١٧): «يشترط أن يكون المشفوع به ملكًا عقاريًا، وبناء عليه لا تجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات..».

(٣) جاء في المهذب (١/ ٣٧٦): «وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه...».
وانظر الوسيط (٤/ ٦٩)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩).

(٤) المغني (٥/ ١٨٠)، الإنصاف (٦/ ٢٥٦، ٢٥٧)، الكافي (٢/ ٤١٦)، المحرر (١/ ٣٦٥).

(٥) الموطأ (٢/ ٧١٨)، الاستذكار (٧/ ٧٨)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٢)، شرح الزرقاني (٣/ ٤٨٠)، الذخيرة (٧/ ٢٨٠).

ابن عبد الرحمن، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال: **قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**[١].

وجه الاستدلال:

دل الحديث بمفهومه على عدم الشفعة في المنقولات؛ لتعذر الحدود والطرق فيها.

فقوله: «**فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق**» يدل على اختصاص الشفعة بما له حدود وطرق، وهو العقار خاصة.

قال ابن عبد البر: «وفي قوله ﷺ: **الشفعة فيما لم يقسم**، دليل على أن ما لا يقسم ولا يضرب فيه حدود لا شفعة فيه، وهذا ينفي الشفعة في الحيوان وغيره مما لا يقسم»[٢].

وأجيب عن هذا الدليل بجوابين:

الأول: أن قوله: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) مدرج من كلام جابر، وليس مرفوعًا من كلام النبي ﷺ، قاله ابن أبي حاتم في العلل لابنه[٣]، وسبق الجواب عنه.

الجواب الثاني:

أن قوله: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) لا يقتضي تخصيصًا حسب القاعدة التي تقول:

إذا ذكر فرد من أفراد العموم يوافق العموم في حكمه لا يقتضي تخصيصًا،

(١) البخاري (٢٢١٤).
(٢) التمهيد لابن عبد البر (٧/ ٥٠).
(٣) علل الحديث لابن أبي حاتم (١٤٣١).

وذلك مثل قوله تعالى: ﴿حَـٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٣٨]، يشمل جميع الصلوات، ثم قال: ﴿وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ﴾ فهذا فرد من أفراد الصلاة، يوافق العموم في الحكم، فلا يقتضي تخصيص المحافظة على الصلاة الوسطى خاصة، فكذلك قوله: (قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم) هذا حكم عام يشمل جميع ما لم يقسم، ثم قال: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) هذا فرد من أفراد العام، لا يقتضي تخصيص العام به.

وهذا الجواب أقوى من القول بالإدراج؛ لأن الدليل الذي ساقه أبو حاتم رحمه الله ليس كافيًا في الجزم بإدراجها، والتفات الخطاب من الغائب إلى المتكلم أو العكس أسلوب عربي، وكثير منه في القرآن.

وقد صحح الإمام أحمد رفعها، وجاءت من مسند أبي هريرة مما يرجح عدم إدراجها[1].

---

(١) الحديث مداره على ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة، عن أبي هريرة إلا أنه روي عن ابن شهاب مرة مرسلًا، ومرة مسندًا، ومرة بالشك عن سعيد أو عن أبي سلمة، أو عنهما جميعًا. ومرة بالجزم عنهما، ومرة عن سعيد مرسلًا، وعن أبي سلمة موصولًا، وإليك بيان هذه الطرق.

الحديث رواه عن ابن شهاب جماعة، منهم:

الأول: ابن جريج، عن ابن شهاب.

روى الحديث أبو داود رحمه الله (٣٥١٥) من طريق ابن إدريس، عن ابن جريج، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة أو عن سعيد بن المسيب، أو عنهما جميعًا، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة.**

الثاني: معمر، عن ابن شهاب.

أخرجه النسائي في السنن (٤٧٠٤) من طريق صفوان بن عيسى، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة أن رسول الله ﷺ... وذكر الحديث، وهذا مرسل.

الثالث: محمد بن إسحاق، عن ابن شهاب. =

. . . .

= رواه البيهقي (٦/ ١٠٤) من طريق ابن إسحاق، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة، عن أبي هريرة به بالشك.

الرابع: يونس، عن ابن شهاب.

أخرجه البيهقي أيضًا (٦/ ١٠٣) من طريق يونس، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ. . . وذكر الحديث، وهو مرسل.

الخامس: مالك، عن ابن شهاب.

وقد اختلف فيه على مالك، ولخص هذا الاختلاف ابن عبد البر في التمهيد، فقال: «روى هذا الحديث عن مالك أكثر رواة الموطأ وغيره مرسلًا إلا عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون وأبا عاصم النبيل، ويحيى بن إبراهيم بن داود بن أبي قبيلة المدني، وأبا يوسف القاضي، وسعيد الزبيري، فإنهم رووه عن مالك بهذا الإسناد متصلًا عن أبي هريرة مسندًا.

واختلف فيه على ابن وهب، فروي عنه مرسلًا كما في الموطأ، وروي عنه مسندًا كرواية ابن الماجشون، ومن تابعه.

وكذلك اختلف فيه عن مطرف عن مالك سواء.

ورواه عبد الله بن محمد بن ربيعة القدامي، عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد، عن أبي هريرة، ولم يذكر أبا سلمة. والقدامي ضعيف منكر الحديث. . .» ثم ساق هذه الطرق بأسانيده رحمه الله تعالى.

وسوف أخرج لك منها ما وقفت عليه خارج التمهيد.

الرواية عن مالك مرسلة.

[عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بالجمع].

أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧١٣)، ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في مسنده (ص١٨١) ومن طريق الشافعي أخرجه البيهقي (٦/ ١٠٣).

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٢٧٤٣) حدثنا وكيع.

وأخرجه الطحاوي (٤/ ١٢١) والبيهقي (٦/ ١٠٣) من طريق القعنبي

وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢١) من طريق ابن وهب، كلهم (وكيع والقعنبي وابن وهب رووه عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد وأبي سلمة مرسلًا.

[رواية مالك، عن سعيد وحده مرسلة]

أخرجها الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢١) من طريق أبي عامر والقعنبي قرنهما، عن مالك، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب مرسلًا. =

. . . .

= [وأما الرواية المسندة عن مالك]:

رواه جماعة عن مالك متصلًا منهم:

الأول: أبو عاصم الضحاك بن مخلد كما في سنن ابن ماجه (٢٤٩٧)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢١)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٣).

قال الطهراني كما في سنن ابن ماجه: قال لي أبو عاصم: سعيد بن المسيب مرسل، وأبو سلمة عن أبي هريرة متصل.

قلت: مرسل سعيد بن المسيب من أصح المراسيل كما ذكر أئمة أهل الحديث، وقد سبق لك أن طريق أبي سلمة قد روي مرسلًا أيضًا.

وورواه البيهقي في السنن (٦/ ١٠٤) من طريق الضحاك بن مخلد الشيباني، ثنا مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة، عن أبي هريرة به.. بالشك.

الثاني: عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون كما في السنن الكبرى للنسائي (١١٧٣٢) وشرح معاني الآثار (٤/ ١٢١)، وصحيح ابن حبان (٥١٨٥)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٠٣).

الثالث: ابن أبي قتيلة كما في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢١)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٣)، والفوائد لتمام الرازي (١٦٣٢).

قال ابن حبان رحمه الله تعالى: «رفع هذا الخبر عن مالك أربعة أنفس، الماجشون وأبو عاصم، ويحيى بن أبي قتيلة، وأشهب بن عبد العزيز، وأرسله عن مالك سائر أصحابه، وهذه كانت عادة يرفع في الأحايين الأخبار، ويوقفها مرارًا، ويرسلها مرة، ويسندها أخرى على حسب نشاطه، فالحكم أبدًا لمن رفع عنه بعد أن يكون ثقة حافظًا متقنًا على السبيل الذي وصفناه في أول الكتاب».اهـ

قلت: لم يكن الاختلاف فيه على مالك وحده في وصله وإرساله، بل الاختلاف فيه على ابن شهاب رحمه الله تعالى.

فقد رواه يونس بن يزيد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب مرسلًا ورجاله ثقات، انظر سنن البيهقي (٦/ ١٠٣) فتأمل.

قال البيهقي رحمه الله: «الذي يعرف بالاستدلال من هذه الروايات أن ابن شهاب الزهري ما كان يشك في روايته عن أبي سلمة، عن جابر عن النبي ﷺ... ولا في روايته عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ مرسلًا، كما رواه عنه يونس بن يزيد الأيلي، وكأنه كان يشك في روايته عنهما عن أبي هريرة، فمرة أرسله عنهما، ومرة وصله عنهما، ومرة ذكره بالشك في ذلك، والله أعلم». =

الدليل الثاني:

(ح-٦٤٥) ما رواه مسلم من طريق عبد الله بن إدريس، حدثنا ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به**[١].

وأجيب:

بأن الحديث يثبت الشفعة في الربع والحائط، ولا ينفي الشفعة عن غيرهما.

الدليل الثالث:

(ح-٦٤٦) ما رواه البزار في مسنده، قال: ثنا عمرو بن علي، ثنا أبو عاصم، ثنا ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: **لا شفعة إلا في ربع أو حائط.**

قال البزار: لا نعلم أحدًا يرويه بهذا اللفظ إلا جابر[٢].

قلت: لفظ الحصر (لا شفعة إلا في ربع أو حائط) غير محفوظ، والمحفوظ فيه لفظ مسلم المتقدم: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط)[٣].

= هذا ما وقفت عليه من طرق حديث أبي هريرة، وأميل إلى أنه ثابت عن أبي هريرة رضي الله عنه موصولًا، ومرسلًا، والرواية المرسلة لا تقدح في الرواية الموصولة لكون كل واحد منهما رواها جماعة ثقات، والله أعلم.

(١) صحيح مسلم (١٦٠٨).

(٢) لم أقف عليه في مسند البزار، وقد نسبه للبزار الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٧٨) وقد نقله بسنده، ونسبه أيضًا إلى البزار غير مسند ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٥٥).

(٣) حديث البزار مداره على ابن جريج، وقد اختلف فيه عليه: =

. . . .

= فرواه ابن إدريس، كما في مصنف عبد الرزاق (١٤٤٠٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٩٠٤٣)، وصحيح مسلم (١٦٠٨)، وسنن الدارمي (٢٦٢٨)، والمجتبى للنسائي (٤٧٠١)، وفي الكبرى (٦٣٠٠)، والمنتقى لابن الجارود (٦٤٢)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٦)، وسنن الدارقطني (٤/ ٢٢٤)، والبيهقي (٦/ ١٠٤).

وابن وهب كما في صحيح مسلم (١٦٠٨)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٠).

وابن علية كما في مسند أحمد (٣/ ٣١٦)، وسنن أبي داود (٣٥١٣)، والنسائي في المجتبى (٧/ ٣٠١)، والبيهقي (٦/ ١٠٩).

والوليد بن مسلم كما في صحيح ابن حبان (٥١٧٨).

وحجاج بن محمد كما في سنن النسائي الكبرى، ذكره في التحفة (٢/ ٣١٧)، ولم أقف عليه في المطبوع.

وسعيد بن سالم القداح، كما في مسند الشافعي (٢/ ١٦٥)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٤).

رووه بلفظ «قضى رسول الله بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط. . .» وفي بعضها «الشفعة في كل شرك: ربعة أو حائط. . .».

وخالفهم أبو عاصم عند البزار، فرواه عن ابن جريج بلفظ: «لا شفعة إلا في ربع أو حائط».

وقد تكون المخالفة من البزار نفسه، لأن الحمل ينبغي أن يكون على أضعف رجل في الإسناد، وهذا هو الذي أميل إليه، لأن أبا عاصم الضحاك بن مخلد ثقة ثبت، وعمرو بن علي الفلاس كذلك، وأما البزار فقد تكلم فيه، فما انفرد به البزار ففي النفس منه شيء، فما بالك بما يخالف فيه.

قال الدارقطني أحمد بن عمرو بن عبد الخالق يخطئ في الإسناد والمتن، حدث بالمسند بمصر حفظًا ينظر في كتب الناس ويحدث من حفظه، ولم يكن معه كتب، فأخطأ في أحاديث كثيرة، يتكلمون فيه، جرحه أبو عبد الرحمن النسائي. سؤالات الحاكم (ص٩٢)، وسير أعلام النبلاء (١٣/ ٥٥٦).

وقال حمزة السهمي: وسألته - يعني الدارقطني - عن أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار، فقال: ثقة يخطئ كثيرًا، ويتكل على حفظه. سؤالات حمزة (١١٦).

وانظر لسان الميزان (١/ ٢٣٨).

فالمحفوظ رواية الجماعة عن ابن جريج عن جابر، ويؤيده أنه رواه غير ابن جريج عن =

الدليل الرابع:

(ح-٦٤٧) ما رواه البيهقي في السنن من طريق محمد بن إبراهيم بن داود، ثنا أبو أسامة عبد الله بن محمد بن أبي أسامة، ثنا الضحاك بن حجوة بن الضحاك المنبجي، ثنا أبو حنيفة، عن عطاء بن أبي رباح، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **لا شفعة إلا في دار أو عقار**[١].

وأجيب:

بأن الحديث إسناده ضعيف[٢].

= أبي الزبير، عن جابر بدون لفظ الحصر، فقد رواه زهير بن معاوية كما في صحيح مسلم (١٦٠٨).
وسفيان الثوري كما في مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٧٣٠)، ومصنف عبد الرزاق (١٤٤٠٣).
وسفيان بن عيينة كما في مسند أحمد (٣/ ٣٠٧)، والحميدي (١٢٧٢)، وابن ماجه (٢٤٩٢)، والمنتقى لابن الجارود (٦٤١)، وسنن النسائي (٤٧٠٠)، والكبرى له (٦٢٩٩)، ومسند أبي يعلى (١٨٣٥)..
والحسين بن واقد كما في المجتبى للنسائي (٤٧٠٥)، والكبرى له (٦٣٠٤)، كلهم رووه عن أبي الزبير به، ولم يذكروا ما ذكره البزار، والله أعلم.

(١) سنن البيهقي (٦/ ١٠٩).

(٢) في إسناده: أبو أسامة: عبد الله بن محمد بن أبي أسامة الحلبي، ذكره ابن عساكر في تاريخ دمشق، وسكت عليه، فلم يذكر فيه شيئًا. (٣٢/ ١٦٨).
وفيه أيضًا الضحاك بن حجوة المنبجي، ذكره ابن حبان في المجروحين (١/ ٣٨٠)، وقال: يروي عن ابن عيينة وأهل بلده العجائب... لا يجوز الاحتجاج به ولا الرواية عنه إلا للمعرفة فقط.
وقال ابن عدي: الضحاك بن حجوة يكنى أبا عبد الله، منكر الحديث عن الثقات... كل رواياته مناكير إما متنًا وإما إسنادًا. الكامل (٤/ ٩٩).
وقال الدارقطني: كان يضع الحديث. المغني في الضعفاء (٢٩٠٤).
وعلى ضعف الضحاك فإنه مرة يرويه عن أبي حنيفة، ومرة يرويه عن عبد الله بن واقد، =

ولو صح لم يكن فيه حجة، وذلك أن قوله: (لا شفعة إلا في دار أو عقار) يدل بمفهومه على عدم ثبوت الشفعة في غير الدور والعقار، وحديث ابن عباس الآتي (الشفعة في كل شيء) يدل بمنطوقه على إثبات الشفعة في كل شيء، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم.

الدليل الخامس:

(ح-٦٤٨) ما رواه ابن أبي شيبة، والإمام أحمد قالا: حدثنا ابن إدريس، عن محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبان بن عثمان، قال: **قال عثمان: لا شفعة في بئر، ولا فحل، والأرف يقطع كل شفعة**[1].

[المعروف أنه موقوف على عثمان][2].

وهو معارض بما استُدِّل به من أدلة القول الثاني والتي سوف نذكرها إن شاء الله تعالى.

= عن أبي حنيفة، قال البيهقي: ورواه أبو أحمد العسال، عن محمد بن إبراهيم بن داود، عن أبي أسامة، عن الضحاك، عن عبد الله بن واقد، عن أبي حنيفة وهو الصواب.
وعبد الله بن واقد ضعيف جدًا، جاء في ترجمته:
قال النسائي: متروك الحديث. الضعفاء والمتروكين (٣٣٧).
وقال أبو زرعة: ضعيف. الجرح والتعديل (٥/ ١٩١).
وقال أبو حاتم: ذاهب الحديث. المرجع السابق.
وقال الذهبي: واه. الكاشف (٢/ ١٢٥).
وقال الحافظ في التقريب: متروك، وكان أحمد يثني عليه، وقال: لعله كبر واختلط، وكان يدلس.

(١) المصنف (٤/ ٤٥٤)، مسائل الإمام أحمد رواية أبي الفضل (١٦١٢).
(٢) سبق تخريجه، انظر (ث - ١١٤).

الدليل السادس:

(ث-١١٥) ما رواه عبد الرزاق، عن معمر، قال: **قلت لأيوب: أتعلم أحدًا كان يجعل في الحيوان شفعة؟ قال: لا. قال معمر: ولا أعلم أحدًا يجعل في الحيوان شفعة.**

[إسناده صحيح][(١)].

ويجاب:

بأن نفي العلم بالقول ليس نفيًا للوجود.

فقد روى ابن حزم من طريق وكيع، قال: أخبرنا أبان، عن عبد الله البجلي، قال: سألت عطاء عن الشفعة في الثوب، فقال: له شفعة، وسألته عن الحيوان، فقال له شفعة، وسألته عن العبد، فقال: له شفعة.

قال ابن حزم: «فهذان عطاء وابن أبي مليكة بأصح إسناد عنهما»[(٢)]، يعني: يريان الشفعة في المنقول من غير العقار كالحيوان والعبد والثوب.

وهذا الإمام أحمد، والذي كان ينهى أن يقول قولًا ليس له فيه إمام كان يذهب في أحد أقواله إلى القول بالشفعة في الحيوان، كما أنه قول طائفة من أهل العلم.

فقد ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين من يرى الشفعة في الحيوان وذكر بأنه قول أهل مكة، وأهل الظاهر، ونص عليه أحمد في رواية حنبل، قال: «قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار، أو ما كان من نحو ذلك؟

---

(١) المصنف (١٤٤٢٣).

(٢) المحلى (٩/ ٨٤).

يعني فهل فيه شفعة؟ قال: هذا كله أوكد؛ لأن خليطة الشريك أحق به بالثمن، فإذا عرضه على شريكه، وإلا باعه بعد ذلك»[١].

الدليل السابع:

الأصل أن من اشترى شيئًا بعقد صحيح فقد ملك، ومن ملك ملكًا صحيحًا فلا يجوز انتزاع ماله من يده إلا برضاه أو حجة قاطعة، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل، ولا يجوز للشريك أن يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري، وذلك بإبطال ملك المشتري، فليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره، وإنما تركنا هذا الأصل في العقار والأرض لثبوت النص فيه، وأما الآثار المتضمنة لثبوت الشفعة في المنقول فضعيفة معلولة، والشفعة إنما ثبتت في العقار على خلاف القياس فلا يجوز إلحاق غير العقار بالعقار؛ لأن المنقول ليس في معنى العقار؛ وذلك لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الشريك على الدوام، وما ينقل ويحول لا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار؛ لأن المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش، ثم يخرجه عن ملكه إذا قضى وطره، وليس كذلك العقار[٢].

وأجيب عن هذا:

أولًا: إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به، فأما ما لا يتضمن ظلمًا ولا إضرارًا، بل مصلحته محفوظة وذلك بإعطائه كامل الثمن، في الوقت الذي يدفع الشريك ضرر الشركة عنه،

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠)، وإن كان في النفس شيء مما رواه حنبل عن أحمد مخالفًا لغيره، فقد جاء في مسائل أحمد من رواية ابنه عبد الله (١٢٩٤): «قال أبي: ولا أرى الشفعة إلا في الدور والأرضين، وليس فيما سوى ذلك شفعة».

(٢) انظر التمهيد لابن عبد البر (٧/ ٥٠، ٥١)، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢).

فليس الأصل عدمه، بل هو مقتضى أصول الشريعة فإن أصول الشريعة تأبى إلحاق الضرر بالشريك، خاصة أن حق شراكته سابقة ملك المشتري، وقد دخل المشتري وهو يعلم أن المال فيه شراكة، فإذا باع شريك نصيبه على غير شريكه، مع رغبة الشريك بالشراء، فإن هذا قد يلحق ضررًا كبيرًا بالشريك، ومن تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يُمَكِّن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه، مع أنه لا مصلحة له في ذلك.

ثانيًا: لا يسلم بأن الشفعة ثبتت على خلاف القياس، بل القياس الصحيح يقتضيها، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه تركه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب لأن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض، كما قال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٢٤]، لذلك شرع الله ﷻ رفع هذا الضرر: بالقسمة تارة وانفراد كل شريك بنصيبه، وبالشفعة تارة، وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك، فإذا أراد بيع نصيبه، وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد، وبهذا يتبين أن القياس الصحيح يدل على ثبوت الشفعة وأنه ليس في الشريعة ما يخالف القياس[1].

---

(١) انظر إعلام الموقعين (٢/ ١٤٢)، المبسوط (١٤/ ٩٠).

وعلى التنزل أن تكون الشفعة ثبتت في العقار على خلاف القياس، فإن ما خص بحكم على خلاف القياس إن كان الحكم معللًا فالراجح من أقوال أهل العلم أنه يقاس عليه إذا وجدت العلة في الفرع، وهذه مسألة أصولية تراجع فيها كتب الأصول.

ثالثًا: لا يسلم أن الضرر يدوم ويتأبد في العقار دون غيره، وأن هذا الفرق هو الموجب للشفعة، وذلك أن من المنقول ما يكون تأبده كتأبد العقار، كالجوهر، والسيف والكتاب، والبئر، وإن لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره كالعبد والحيوان، ولو بقي ضرره مدة، فإن الشارع مريد لدفع الضرر بكل طريق، ولو قصرت مدته، بل إن بعض العقار يمكن رفع ضرره بالقسمة بخلاف بعض المنقولات مما سبق ذكره فلا يمكن قسمتها أبدًا.

القول الثاني:

تثبت الشفعة في المنقول، وهو رواية عن أحمد[(١)]، ونسب إلى ابن أبي مليكة، وعطاء وفقهاء مكة[(٢)]، واختاره ابن حزم[(٣)]، وابن عقيل من الحنابلة، ورجحه ابن تيمية[(٤)]، وابن القيم[(٥)].

---

(١) الفروع (٤/ ٥٢٩)، المبدع (٥/ ٢٠٨)، جاء في إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠): «وقالت طائفة أخرى: إنما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة. . . . وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان والثياب والشجر والجواهر والدرر الصغار التي لا يمكن قسمتها، وهذا قول أهل مكة، وأهل الظاهر، ونص عليه الإمام أحمد في رواية حنبل، قال: قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار، أو ما كان من نحو ذلك، قال: هذا كله أوكد؛ لأن خليطة الشريك أحق به بالثمن، فإذا عرضه على شريكه، وإلا باعه بعد ذلك».

(٢) التمهيد (٧/ ٤٩)، فتح الباري (٤/ ٤٣٦).

(٣) المحلى (٩/ ٨٢) مسألة (٥٩٥).

(٤) الإنصاف (٦/ ٢٥٧).

(٥) إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠).

❑ دليل من قال بثبوت الشفعة في المنقول:

الدليل الأول:

(ح-٦٤٩) ما رواه الترمذي من طريق الفضل بن موسى، عن أبي حمزة السكري، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ: **الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء**.

[رفع الحديث غير محفوظ، والمحفوظ إرساله][(١)].

---

(١) سنن الترمذي (١٣٧١) قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ مرسلًا وهذا أصح. . .» ثم ساق الترمذي الحديث من طريق أبي بكر بن عياش وأبي الأحوص، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ مرسلًا، وقال: «وهكذا روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع مثل هذا ليس فيه عن ابن عباس، وهذا أصح من حديث أبي حمزة، وأبو حمزة ثقة يمكن أن يكون الخطأ من غير أبي حمزة».

قلت: بل الخطأ من أبي حمزة رحمه الله، فقد رواه عن أبي حمزة نعيم بن حماد كما في سنن البيهقي (٦/ ١٠٩).

والفضل بن موسى كما في سنن الترمذي (١٣٧١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار(٤/ ١٢٥)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٩)، والمحلى (٩/ ٨٤)، كلاهما عن أبي حمزة به موصولًا، فخرج احتمال أن يكون الخطأ من الراوي عن أبي حمزة.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار (٢١/ ٣٠٨): «هذا الحديث مرسل، وليس له إسناد غير هذا فيما علمت، ومن قال بمراسيل الثقة لزمه القول به».

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين (٢/ ١٤١): «رواه أبو بكر بن عياش وإسرائيل بن يونس، عن عبد العزيز مرسلًا، فهذا علة هذا الحديث على أن أبا حمزة السكري ثقة، احتج به صاحبا الصحيح، وإن قلنا: الزيادة من الثقة مقبولة فرفع الحديث إذًا صحيح، وإلا فغايته أن يكون مرسلًا قد عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي».

وقد أشار الترمذي إلى تفرد أبي حمزة السكري برفعه، وقد رواه غير أبي حمزة مرسلًا.

قال الدارقطني في سننه (٤/ ٢٢٢): «خالفه شعبة، وإسرائيل، وعمرو بن أبي قيس، =

الدليل الثاني:

(ح-٦٥٠) ما رواه الطحاوي من طريق يوسف بن عدي، قال: ثنا ابن إدريس، عن ابن جريج، عن عطاء، **عن جابر ﷺ، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء**[1].

[خالف يوسف بن عدي غيره في إسناده ومتنه][2].

= وأبو بكر بن عياش، فرووه عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة مرسلًا، وهو الصواب، ووهم فيه أبو حمزة في إسناده»، ونقل ذلك عنه البيهقي (٦/ ١٠٩)، وانظر تاريخ بغداد للخطيب (١١/ ١٩٠).

قلت: رواه عبد الرزاق في المصنف (١٤٤٢٥)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٠٩)، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار (٢١/ ٣٠٧، ٣٠٨) عن إسرائيل

ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ١٠) والترمذي في السنن (٤/ ١٢٥)، وابن عبد البر في الاستذكار (٢١/ ٣٠٨) عن أبي بكر بن عياش.

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٢١)، والترمذي في السنن (٤/ ١٢٥) عن أبي الأحوص، ثلاثتهم، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء... فتبين أن رواية الأكثر على إرساله، والمرسل من قبيل الضعيف على الصحيح، والله أعلم.

ورواه ابن عدي في الكامل (٦/ ٩٩) من طريق عبد الله بن عثمان.

وأبو نعيم في أخبار أصبهان (٨/ ١٢٥) والبيهقي في السنن (٦/ ١٠٩) من طريق أبي الموجه، عن عبدان، كلاهما عن أبي حمزة، عن محمد بن عبيد الله، عن عطاء، عن ابن عباس.

ومحمد بن عبيد الله هو العرزمي متروك الحديث.

قال ابن عدي: وهذا لا أعلم رواه عن محمد بن عبيد الله غير أبي حمزة، وقوله: (الشفعة في كل شيء) منكر.

وقال البيهقي: محمد هذا هو العرزمي، متروك الحديث.

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٦).

(٢) قال ابن عبد الهادي: رواته ثقات. المحرر (٩٢٤). =

. . . .

= وقال مثله ابن القيم، وزاد: وهو غريب بهذا الإسناد. إعلام الموقعين (٢/ ١٤١).
قلت: قد اختلف فيه على عبد الله بن إدريس في إسناده ومتنه.
فرواه يوسف بن عدي، عن ابن إدريس، عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر بلفظ: «الشفعة في كل شيء» كما في إسناد الباب.
ورواه أبو بكر بن أبي شيبة، كما في المصنف (٢٩٠٣٤) ومن طريقه مسلم (١٦٠٨)، والبيهقي (٦/ ١٠٤).
ومحمد بن عبد الله بن نمير، وإسحاق بن إبراهيم، كما في صحيح مسلم (١٦٠٨)، وسنن البيهقي (٦/ ١٠٤).
ومحمد بن العلاء كما في المجتبى للنسائي (٤٧٠١)، وسنن الدارمي (٢٦٢٨).
وعلي بن حرب كما في مسند أبي عوانة (٥٥٢٩)، وسنن الدارقطني (٤/ ٢٢٤).
وعلي بن خشرم كما في المنتقى لابن الجارود (٦٤٢).
وحجاج كما في مسند أبي عوانة (٥٥٢٩).
سبعتهم رووه عن عبد الله بن إدريس، عن ابن جريج، عن أبي الزبير، **عن جابر، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به.**
فخالف الجماعة يوسف بن عدي في روايته عن ابن إدريس سندًا ومتنًا، أما الإسناد فقد جعله هكذا: ابن إدريس عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر، بينما الجماعة رووه عن ابن إدريس، عن ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر.
وأما المتن فقد رواه يوسف بن عدي عن ابن إدريس بلفظ: الشفعة في كل شيء، بينما رواه الجماعة بلفظ: الشفعة في كل شركة ربعة أو حائط، واتفاق الجماعة على خلاف ما رواه يوسف بن عدي يدل على ضبطهم ووهمه.
وحكم ابن حجر في الفتح (٤/ ٤٣٦): بأن إسناده لا بأس برواته، قلت: لا يلزم من كون الإسناد رجاله لا بأس بهم أن يكون سالمًا من علة قادحة.
وقال ابن القيم في إعلام الموقعين (٢/ ١٤١): «ورواة هذا الحديث ثقات، وهو غريب بهذا الإسناد»اهـ
ومما يجعل الباحث يجزم بوهم يوسف بن عدي أن الحديث رواه جماعة عن ابن جريج، عن أبي الزبير عن جابر موافقًا لرواية الجماعة عن ابن إدريس عن ابن جريج. =

. . . .

= فقد رواه ابن وهب كما في صحيح مسلم (١٦٠٨)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (٤/ ١٢٠).
وإسماعيل بن علية كما في سنن أبي داود (٣٥١٣)، والمجتبى للنسائي (٤٦٤٦)، والسنن الكبرى له (٦٢٤٢)، وسنن البيهقي الكبرى (٦/ ١٠٩).
والوليد بن مسلم كما في صحيح ابن حبان (٥١٧٨).
كلهم رووه عن ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله، ولم يذكروا ما ذكره يوسف بن عدي من أن الحديث من طريق ابن جريج، عن عطاء، عن جابر، ولا أن لفظ الحديث: الشفعة في كل شيء.
كما تابعهم سعيد بن سالم كما في مسند الشافعي ١/ ١٨١) ومن طريقه البيهقي (٦/ ١٠٤)، فرواه عن ابن جريج به، وقد انقلب على سعيد متن الحديث، فأورده بلفظ: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»، وهذا اللفظ إنما هو من مسند جابر من رواية أبي سلمة عنه، وليس هو لفظ أبي الزبير، عن جابر، وهما حديثان.
كما رواه غير ابن جريج، عن أبي الزبير بما يوافق رواية ابن جريج عن أبي الزبير.
فقد رواه أبو خيثمة كما في مسند أبي عوانة (٥٥٢٥).
وسفيان بن عيينة كما في سنن ابن ماجه (٢٤٩٢).
والثوري كما في مصنف عبد الرزاق (١٤٤٠٣)، ومسند أبي عوانة (٥٥٢٨).
والأوزاعي كما في المعجم الأوسط للطبراني (٢٢٢٠) والصغير (٢٥) أربعتهم رووه عن أبي الزبير، عن جابر به، ولم يذكروا عطاء في إسناده، كما لم يذكروا قوله: «الشفعة في كل شيء».
فتبين بهذا والحمد لله خطأ يوسف بن عدي، في إسناده ومتنه، وأن الحديث بلفظ (الشفعة في كل شيء) لم يثبت.
وقد جاء الحديث من طريق ابن جريج، عن عطاء، عن جابر من غير طريق يوسف بن عدي إلا أن متنه مخالف لمتن يوسف بن عدي، وأنكره كثير من الأئمة،
فقد روى عبد الرزاق (١٤٣٩٦)، وابن أبي شيبة (٢٢٧٢١)، والطيالسي في مسنده (١٦٧٧)، وأحمد في المسند (٣/ ٣٠٣)، وفي العلل (٥٩٩)، والدارمي (٢٦٢٧)، وأبو داود (٣٥١٨)، وابن ماجه (٢٤٩٤)، والترمذي (١٣٦٩)، وفي العلل له أيضًا (٣٨٥)، والطحاوي (٤/ ١٢٠، ١٢١)، والطبراني في الأوسط (٥٤٦٠)، و (٨٣٩٩)، والبيهقي (٦/ ١٠٦)، من طريق عبد الملك بن =

الدليل الثالث:

(ح-٦٥١) ما رواه البخاري من طريق معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن، عن جابر بن عبد الله ﷺ، قال: **قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**[1].

وجه الاستدلال:

قوله: (قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم) فقوله «في كل مال» عام يشمل جميع الأموال التي لم تقسم، ولا يجوز تخصيص بعض الأموال دون بعض إلا بنص من كتاب أو سنة، وأما قوله: (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) لا يقتضي تخصيصًا حسب القاعدة التي تقول: **إذا ذكر فرد من أفراد العموم يوافق العموم في حكمه لا يقتضي تخصيصًا.**

وقد شرحنا هذه القاعدة في مناقشة أدلة القول الأول، وهذا من أقوى أدلتهم، والله أعلم.

الدليل الخامس:

النظر الصحيح يقتضي ثبوت الشفعة في المنقول، وذلك لأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الشريك، وإذا كانت هذه هي العلة لم يكن هناك فرق بين العقار والمنقول، أو بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها، بل إن الضرر فيما لا

= سليمان، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها، وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا.

ومع أن المتن غير المتن، فقد أنكر بعض الأئمة على عبد الملك بن سليمان حديثه هذا، وممن أنكره عليه شعبة ويحيى بن معين ويحيى بن سعيد القطان والبخاري والترمذي وغيرهم، وقد علقت على هذا الحديث عند الكلام على شفعة الجار، فانظره هناك.

(١) البخاري (٢٢١٤).

ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة، إذ إن الضرر فيما يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة بخلاف ما لا يقبل القسمة، وإذا كان الشارع أراد رفع الضرر الأدنى، فالأعلى من باب أولى، والله أعلم.

القول الثالث:

تثبت الشفعة في ثمرة تجنى مع بقاء أصلها، وما كانت ثمرته تجنى وليس له بقاء فلا شفعة فيه وهو قول في مذهب المالكية(١).

❑ دليل هذا القول:

أدلة هذا القول بنحو أدلة من قال بثبوت العقار في المنقول، إلا أن بعضهم قد يقبل الشفعة في بعض المنقولات دون بعض، فبعضهم يرى الشفعة في الثمرة التي تجنى مع بقاء أصلها تبعًا لأصلها، وبعضهم يرى الشفعة في الحيوان خاصة، وهذا كله يوجب إما القول بثبوت الشفعة في كل منقول، وبالتالي تكون أدلة من قال: بالشفعة في المنقولات هي أدلته، وإن فرق لزمه التناقض، ولا بد، وإلى هذا أشار ابن عبد البر في التمهيد(٢).

---

(١) جاء في الذخيرة (٧/ ٢٨٧): «في الكتاب إذا باع نصيبه من ثمر الشجر المزهي قبل قسم الأصل بينهم في مساقاة أو حبس: استحسن مالك فيه الشفعة ما لم ييبس قبل قيام الشفيع أو يباع يابسًا فلا شفعة.

قال مالك: ولم يقله أحد قبلي استحسانًا وقياسًا على العرايا التي جوزت من أجل الرفق وقطع واطئة الرجل، فالشفعة في الثمار كذلك، قال ابن القصار: هذه إحدى الروايتين عن مالك».

وفي التاج والإكليل (٥/ ٣١٨): «قال ابن القاسم: والمقاثي عندي فيها الشفعة؛ لأنها ثمرة، ولا شفعة في البقول، وجه ذلك: ما كان له أصل ثابت، تجنى ثمرته مع بقائه فالشفعة فيه، كالشجر، وما لم يكن على ذلك، وإنما هو نبت لا تجنى ثمرته مع بقائه، فلا شفعة فيه؛ لأنه ليس بأصل ثابت، أصل ذلك ما ينقل ويحول».

(٢) التمهيد (٧/ ٥٢).

القول الرابع:

تثبت الشفعة في الحيوانات دون غيرها من المنقولات، وهو رواية عن أحمد[١].

❑ الراجح من الأقوال:

بعد استعراض الأقوال والأدلة أرى أن الأقوى من أقوال أهل العلم: الأخذ بالشفعة في كل مال مشترك مشاع، سواء كان عقارًا أو منقولًا، والله أعلم.



(١) فتح الباري (٤/ ٤٣٦).



المبحث الثاني
أن يباع المنقول مع العقار

الفرع الأول
أن يباع المنقول تبعا للأرض

[م-١٠٥١] إذا بيع المنقول مع العقار، وكان المنقول متصلًا بالعقار اتصال ثبات وقرار كالبناء والغراس، فالعلماء متفقون في ثبوت الشفعة فيهما تبعًا للأرض[١].

وهل يعتبر البناء والغراس منقولًا أو يعتبر عقارًا؟ فيه خلاف:

فالفقهاء متفقون على أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر يسمى عقارًا، وأن ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء صورته وهيئته منقول.

[م-١٠٥٢] واختلفوا فيما يمكن نقله مع تغير صورته عند النقل كالبناء والشجر، هل هو عقار أو منقول؟

فذهب الحنفية إلى اعتباره من المنقولات إلا إذا كانا تابعين للأرض فيسري عليهما حكم العقار بالتبعية[٢].

---

(١) انظر المغني لابن قدامة (٥/ ١٨٠)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، المنتقى للباجي (٢/ ٢٠٠)، روضة الطالبين (٥/ ٦٩)، المغني مع الشرح الكبير (٥/ ٤١٧)، الفروع (٤/ ٥٢٩)، وانظر أحكام المشاع في الفقه الإسلامي للدكتور الشيخ صالح السلطان (١/ ٤١٣).

(٢) جاء في البحر الرائق (٧/ ١٩٨): «وقد صرح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات. .»، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٤٦)، الدر المختار (٦/ ٢١٧).

وذهب الجمهور إلى اعتبار ذلك من العقار[١].

والراجح: - والله أعلم - قول الجمهور، وهو أن العقار يشمل الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر.

قال في مختار الصحاح: العقار بالفتح مخففًا: الأرض والضياع والنخل[٢].

وفي اللسان: العقار بالفتح: الضيعة، والنخل والأرض[٣].

وعليه تثبت الشفعة في البناء والغراس تبعًا للأرض سواء سمينا ذلك عقارًا أو منقولًا، والله أعلم.



(١) الخرشي (٦/ ١٦٤)، منح الجليل (٦/ ١٣١)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ١٩٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٧٩).
وانظر في مذهب الشافعية: حاشية البجيرمي (٢/ ٢٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٧١).

(٢) مختار الصحاح (ص١٨٧).

(٣) اللسان (٤/ ٥٩٧)، وانظر النهاية (٣/ ٢٧٤).

الفرع الثاني
أن يباع المنقول مع الأرض والمنقول ليس تابعا

المسألة الأولى
أن يكون المنقول من الثمار والزرع

[م-١٠٥٣] اختلف العلماء فيما إذا بيعت الأرض، وفيها ثمار أو زرع، هل يؤخذ بالشفعة؟ إلى قولين:

القول الأول:

فيها الشفعة بشرط أن تباع مع الأرض، فإن بيع الثمر وحده، أو الثمر والشجر دون الأرض فلا شفعة فيها. وهذا مذهب الحنفية.

وجريان الشفعة من باب الاستحسان، وإن كان القياس القول بالمنع(١).

جاء في الفتاوى الهندية: «وإذا اشترى نخلًا ليقطعه فلا شفعة فيه، وكذلك إذا اشتراه مطلقًا، فإن اشتراها بأصولها، ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة، وكذلك لو اشترى زرعًا، أو رطبة ليجذها لم يكن في ذلك شفعة، وإن اشتراها مع الأرض وجبت الشفعة في الكل استحسانًا، وفي القياس لا شفعة في الزرع، وإذا اشترى أرضًا فيها شجر صغار، فكبرت، فأثمرت، أو كان فيها زرع فأدرك فللشفيع أن يأخذ جميع ذلك بالثمن»(٢).

---

(١) مذهب الحنفية: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٢)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٥)، المبسوط (١٤/ ١٣٣).

(٢) الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٥).

وجه القياس:

أن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة، وهو يثبت في العقار لا في المنقول، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تتملك بالشفعة، وخاصة الزرع والثمر؛ لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية، فلم يثبت الحق فيهما لا أصلًا ولا تبعًا.

ووجه الاستحسان:

أن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له؛ لأن حكم التبع حكم الأصل، وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال، أما البناء والغرس فظاهران؛ لأن قيامهما بالأرض، وكذلك الزرع والثمر؛ لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالأرض فكان تبعا للأرض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعًا، فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية إلا أنهما لا يدخلان في العقد إلا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص[1].

القول الثاني:

ذهب مالك في رواية عنه إلى جواز الشفعة في الثمار سواء بيعت مع أصلها، أو بيعت منفردة ما لم تيبس بشرط أن يكون الأصل للشركاء أو بأيديهم في مساقاة، أو حبس، وألحق أصحابه بالثمار المقاثي والقطن والباذنجان، والقرع وكل ما تجيء ثمرته مع بقاء أصله[2].

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٧، ٢٨).

(٢) انظر في مذهب المالكية: المدونة (٥/ ٤٠٢)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٨)، منح الجليل (٧/ ٢٠٣)، شرح ميارة (٢/ ٤٢)، المعونة (٢/ ١٢٦٨)، والمقدمات الممهدات (٣/ ٧٥)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٠)، الذخيرة (٧/ ٣٠١)، التلقين (٢/ ٤٥٣).
وقال في القوانين الفقهية: «واختلف في المذهب في الشفعة في الأشجار، وفي الثمار، فروى مالك روايتين». =

جاء في المدونة: «وجعل مالك في الثمر الشفعة»(١).

وجاء في الشرح الصغير: «أن أحد الشريكين في ثمر على أصوله إذا باع نصيبه لأجنبي أن يأخذه بالشفعة من المشتري إلحاقًا للثمرة وما بعدها بالعقار ما لم تيبس الثمرة، وينته طيبها، فإن يبست بعد العقد، وكذا إن اشتراها الأجنبي يابسة فلا شفعة فيها. واعلم أن مسألة الشفعة في الثمار وما عطف عليها إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها مالك: إنه لشيء أستحسنه، وما علمت أن أحدًا قاله قبلي»(٢).

وقال ابن عبد البر: «قال مالك: لا شفعة في بقل ولا في زرع ولا في تمر قد جذ وحصد في الأرض، وأما الشفعة في التمر المعلق قبل جذاذه إذا كان بين شركاء مالكين لأصله بابتياع أو مساقاة أو غير ذلك من أنواع الشركة في الثمرة فيبيع أحد الشركاء حصته خاصة منها، فلكل من شركه فيها الشفعة على قدر حصته، وهذا هو المشهور من قول مالك، وهو تحصيل مذهبه»(٣).

القول الثالث:

لا يؤخذ الثمار والزرع في الشفعة إذا بيع مع الأرض لا تبعًا، ولا مفردًا، وإذا بيع الثمار مع الشجر فإن كان الثمار طلعًا غير مؤبر فإنه يتبع الشجر في

= وقال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ١٩٤): «فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع:
أحدها: مقصود، وهو العقار.
الثاني: ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول كالبئر.
الثالث: ما تعلق بهذه كالثمار، وفيها عنه خلاف».

(١) المدونة (٥/ ٤٠٢).
(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي(٣/ ٦٣٧، ٦٣٨).
(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٣٨).

الأخذ بالشفعة، وإن كان مؤبرًا لم يؤخذ بالشفعة مع الشجر كالبيع، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة، ورواية ابن الماجشون عن مالك[١].

جاء في المنتقى للباجي: «وأما الثمرة فعن مالك روايتان:

روى عنه ابن القاسم، وأشهب، ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها... وروى ابن المواز عن ابن الماجشون: لا شفعة في الثمار، وحكاه القاضي أبو محمد عن مالك.

وجه القول الأول: أنها تبع للأرض بمجرد العقد، فثبت فيها الشفعة كالشجر.

ووجه القول الثاني: أنها مما ينقل ويحول، فإذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالثياب»[٢].

وجاء في حاشية الجمل: «لو كان على النخل ثمر مؤبر وباعهما، وشرط دخول الثمر، فإنه لا شفعة فيه لانتفاء التبعية»[٣].

وقال ابن قدامة: «القسم الثاني: ما لا تثبت فيه الشفعة تبعًا ولا مفردًا، وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض، فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل، وبهذا قال الشافعي»[٤].

---

(١) انظر في مذهب الشافعية: روضة الطالبين (٥/ ٩٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٧)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٠).
وانظر في مذهب الحنابلة: المغني (٥/ ١٨٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٧)، كشاف القناع (٤/ ١٤٠)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٠٩).
وانظر في مذهب المالكية: المنتقى للباجي (٦/ ٢٠١)، المعونة (٢/ ١٢٦٨).

(٢) المنتقى للباجي (٦/ ٢٠١).

(٣) حاشية الجمل (٣/ ٥٠٠).

(٤) المغني (٥/ ١٨٠).

❑ والراجح:

ثبوت الشفعة في الثمار؛ لأنها إما أن تكون تابعة للأرض فيجري فيها الشفعة تبعًا كما جرت الشفعة في النخل والبناء، وإما أن تكون غير تابعة فهي داخلة في الشفعة باعتبار صحة الشفعة في المنقول على الصحيح، وقد سبق لنا البحث في مسألة الشفعة في المنقول، ورجحت جريان الشفعة فيها، وذكرت أدلة هذا القول والجواب عن أدلة المخالف، فأغنى ذلك عن إعادة الأدلة، فالحمد لله وحده.





المسألة الثانية
أن يكون المنقول
غير التابع ليس من الثمار

[م-١٠٥٤] إذا جمعت الصفقة الواحدة بين عقار ومنقول، وكان المنقول غير تابع للعقار، وليس من الثمار والزروع، كالحيوان والسيف والثوب، فقد اختلف العلماء في أخذ الجميع بالشفعة إلى قولين:

القول الأول:

ذهب فريق من العلماء إلى جواز أخذ الجميع من عقار ومنقول بالشفعة، إما لأنه يرى جواز الشفعة في المنقول إذا بيع مضمومًا مع العقار، وهو قول عثمان البتي، وسوار بن عبد الله، وعبيد الله بن الحسن القاضيين(١).

وإما لأنه يرى جواز الشفعة في المنقول، ولو كان مفردًا، وما جاز مفردًا جاز مضمومًا إلى غيره، وقد سبق لنا أن هذا القول هو رواية عن أحمد(٢)، ونسب إلى ابن أبي مليكة، وعطاء وفقهاء مكة(٣)، وبه قال ابن حزم الظاهري(٤)، وابن عقيل من الحنابلة، ورجحه ابن تيمية(٥)، وابن القيم(٦).

---

(١) المحلى، مسألة (١٦٠٥).
(٢) الفروع (٤/ ٥٢٩)، المبدع (٥/ ٢٠٨)، إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠).
(٣) التمهيد (٧/ ٤٩)، فتح الباري (٤/ ٤٣٦).
(٤) المحلى (٩/ ٨٢) مسألة (٥٩٥).
(٥) الإنصاف (٦/ ٢٥٧).
(٦) إعلام الموقعين (٢/ ١٤٠).

واستدل هؤلاء بأدلة منها:

الدليل الأول:

كل دليل استدلوا به على ثبوت الشفعة في المنقول على وجه الاستقلال يستدل به هنا على أخذ الشفعة في المنقول إذا بيع مع العقار، وقد ذكرنا أدلتهم في مسألة سابقة، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، ولله الحمد.

الدليل الثاني:

أن في أخذ الشفيع الشقص دون ما بيع معه فيه إلزام للمشتري بأخذ بعض الصفقة، وهو لا يريد تبعيضها، أو فسخ البيع وقد وقع صحيحًا بدون موجب للفسخ، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص بالشفعة.

الدليل الثالث:

أن البائع لم يرض ببيع الشقص وحده دون تلك السلعة، فلا يجوز إجباره على بيع ما لا يرضى بيعه، ولو عرض عليه قبل البيع لم يكن للشريك إلا أخذ الكل أو الترك، فكذلك بعد البيع.

ونوقشت هذه الأدلة:

القول بأن في ذلك ضررًا يلحق بالمشتري فيقال: المشتري في جمعه بين العقار والمنقول في صفقة واحدة هو الذي ألحق الضرر بنفسه؛ لأنه دخل في شراء الشقص، وهو يعلم أنه مشاع، فاحتمال أخذ الشريك له بالشفعة احتمال قائم بسبب الشركة، فإذا دخل المشتري على بينة لم يكن في ذلك تغرير به، ولا خداع له، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد يقال أيضًا: إن أخذ الشفيع الصفقة كلها فيه ضرر بالمشتري، فربما أن المشتري جمع بين المنقول وبين العقار نزولًا عند رغبة البائع وإنما رغبته في المنقول دون غيره.

القول الثاني:

ذهب الأئمة الأربعة إلى عدم إجراء الشفعة في المنقول المستقل إذا بيع مع العقار، فيأخذ الشفيع العقار بحصته من الثمن، ويحط منه ما يساوي قيمة المنقول[1].

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «فلو باع أحد من آخر داره، وما فيها من الأمتعة بكذا دينارًا فللشفيع أخذ الدار بحقها من الثمن، وليس له أخذ الأثاث والآنية وما أشبهها»[2].

جاء في المدونة: «أرأيت لو أن رجلًا اشترى شقصًا من دار وعروضًا صفقة واحدة، فقال الشفيع: أنا آخذ الشقص بشفعتي من الدار، ولا آخذ العروض، وقال المشتري: خذ الجميع أو دع؟ قال: قال مالك: ذلك للشفيع أن يأخذ الدار ويدع العروض لا يأخذها، ويقسم الثمن على قيمة الشقص من الدار وعلى قيمة العروض، فيأخذ الشفيع الشقص بما أصابه من الثمن»[3].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: بدائع الصنائع (٥/ ٢٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٦٨)، المبسوط (١٤/ ١٣٤)، البحر الرائق (٨/ ١٦٣)،، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٤).

وانظر في مذهب المالكية: المدونة (٥/ ٤٠٧)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٠)،

وانظر في مذهب الشافعية: الحاوي الكبير (٧/ ٢٨١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٢)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٦)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٠٦)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٥٣)، تحفة المحتاج (٦/ ٥٤).

وانظر في مذهب الحنابلة: الإنصاف (٦/ ٢٨٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٥٨)، المبدع (٥/ ٢١٦)، المحرر (١/ ٣٦٦).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٦٨).

(٣) المدونة (٥/ ٤٠٧)، وانظر المدونة (٥/ ٤٢٣).

وجاء في مختصر المزني: «ولو كان مع الشفعة عرض، والثمن واحد، فإنه يأخذ الشفعة بحصتها من الثمن»[١].

☐ دليل الجمهور:

الدليل الأول:

كل دليل استدلوا به على عدم ثبوت الشفعة في المنقول يستدل به هنا، وما أجيب عنه هناك يجاب به عنه هنا.

الدليل الثاني:

ضم المنقول إلى العقار لا يوجب الشفعة في المنقول؛ لأن ما لا تجب فيه الشفعة بانفراده لا تجب فيه الشفعة بانضمامه مع غيره عند انفصاله؛ ولأن المنقول ليس تابعًا للعقار حتى تثبت به الشفعة على وجه التبع كالغراس والبناء، مثله تمامًا لو باع رجل عقارين صفقة واحدة، وكان شريكًا في أحدهما دون الآخر لم يأخذ الشفيع العقار الآخر بالشفعة بدعوى انضمامه لعدم قيام سبب الشفعة، وهو الشركة أو الجوار عند من يقول بالشفعة في الجوار.

كما أن ضم المنقول إلى العقار لا يسقط الشفعة في العقار وحده؛ لأن الأدلة متفقة على ثبوت الشفعة في العقار فإسقاطها يحتاج إلى دليل، ولا دليل على إسقاط الشفعة في حال الضم، ولأن ما تجب فيه الشفعة منفردًا تجب فيه الشفعة مضمومًا إلى غيره.

ولأنه قد يتخذ ذلك حيلة لإبعاد الشفيع عن الأخذ بالشفعة، فيجمع البائع في الصفقة بين عقار ومنقول يثقل ثمنه على الشفيع، فيؤدي ذلك إلى ضياع حق الشفيع.

---

(١) مختصر المزني (ص١٢٠).

❑ الراجح من الخلاف:

إذا كان الترجيح قد مال إلى القول بثبوت الشفعة في المنقول، فإن ثبوت الشفعة فيه إذا ضم إلى العقار لا يزيده إلا توكيدًا، والله أعلم.





الفصل الثالث
الشفعة في شركة الوقف

المبحث الأول
في أخذ الوقف بالشفعة إذا بيع الوقف

[م-١٠٥٥] أرض نصفها موقوف، ونصفها مملوك لم تقسم، وبيع الوقف على القول بجواز بيعه إذا تعطلت منافعه، فهل لمالك الطلق أن يأخذ الوقف بالشفعة؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا شفعة فيه.

وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، ، ووجه في مذهب الحنابلة.

جاء في الفتاوى الهندية نقلًا من التجريد: «ما لا يجوز بيعه من العقار كالأوقاف لا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى جواز البيع في الوقف، كذا في الخلاصة»[1].

(١) الفتاوى الهندية (٥/ ١٦١)، وانظر حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٣)، تنقيح الفتاوى الحامدية (٢/ ١٦٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٧٣)، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي (٣/ ٤٧٤)، الخرشي (٦/ ١٦٢)، منح الجليل (٧/ ١٩٠)، التاج والإكليل (٥/ ٣١١)، مواهب الجليل (٦/ ١٩)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠١)، نهاية المحتاج (٥/ ١٩٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٤٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٨)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٥)، الفوائد العديدة في المسائل المفيدة (١/ ٣٩٧)، المبدع (٥/ ٢١٧).

وجاء في حاشية الجمل: «(فلا شفعة لصاحب شقص) من أرض مشتركة (موقوف عليه) إذا باع شريكه نصيبه؛ لأن الوقف لا يستحق بالشفعة، فلا تستحق به الشفعة»[(١)].

❑ وجه القول بالمنع:

أن الشفعة بيع، والوقف مما لا يجوز بيعه.

ونوقش هذا:

بأننا لا نقول بالشفعة إلا في حال جاز بيع الوقف كما لو تعطلت منافعه، أو أراد ناظر الوقف استبداله بأنفع منه على الصحيح، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الوقف مناقشة حكم بيع الوقف بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

القول الثاني:

يؤخذ بالشفعة، وهو الأصح في مذهب الحنابلة، وقول في مذهب الحنفية.

جاء في الفروع: «الأصح يوخذ بها موقوف جاز بيعه»[(٢)].

وجاء في الفواكه العديدة: «إذا بيع الوقف حيث جاز بيعه، هل يأخذ الشريك بالملك؟ على وجهين: المختار نعم»[(٣)].

وجاء في حاشية ابن عابدين: «وحاصله أن الوقف منه ما لا يملك بحال، فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه، ولا له: أي لقيِّمه ولا للموقوف عليه؛ لعدم الملك.

---

(١) حاشية الجمل (٣/ ٥٠١).

(٢) الفروع (٤/ ٥٢٩)، الإنصاف (٦/ ٢٨٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٢٥).

(٣) الفواكه العديدة في المسائل المفيدة (١/ ٣٩٧).

ومنه ما قد يملك، كما إذا كان غير محكوم به، فلا شفعة له لعدم المالك، بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع»[١].

واستدلوا بأدلة منها:

الدليل الأول:

عموم قوله ﷺ قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، وسبق تخريجه.

وجه الاستدلال:

أن هذا الحديث مطلق يشمل ما بيع في ملك مطلق، أو شركة وقف.

الدليل الثاني:

أن هذا الوقف قد انتقل بعوض مالي، وهو مال مشترك، فكونه ينتقل إلى الشريك بالشفعة أولى من انتقاله إلى أجنبي.

الدليل الثالث:

ولأن الضرر الذي من أجله شرعت الشفعة موجود في هذه الشركة الجديدة، فيشرع دفعه بالشفعة.

❑ الراجح:

جواز أخذ الوقف بالشفعة في حال جاز بيع الوقف، والله أعلم.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٣).



المبحث الثاني
في أخذ الواقف الطلق بالشفعة

قال القاضي حسين: **ما لا يستحق بالشفعة لا يستحق به الشفعة**[١].

[م-١٠٥٦] إذا كان البعض وقفًا، والبعض ملكًا، فبيع الملك، فهل يؤخذ شفعة بالوقف؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

لا يؤخذ المبيع شفعة بالوقف، وهو مذهب الحنفية، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

جاء في الدر المختار: «ما لا يملك من الوقف بحال فلا شفعة فيه، وما يملك بحال ففيه الشفعة، وأما إذا بيع بجواره، أو كان بعض المبيع ملكًا، وبعضه وقفًا وبيع الملك، فلا شفعة للوقف»[٢].

وعلل الحنفية ذلك: بأن الشفعة تجب بحق الملك، والموقوفة ليست بمملوكة لأحد في الحقيقة[٣].

قال السبكي: «لو كان بعض الدار وقفًا، فباع صاحب الطلق منها نصيبه، لم يكن للموقف عليه الشفعة على الأصح، وإن قلنا: إن الموقوف عليه يملك

---

(١) الأشباه والنظائر (١/ ٣٢٧).

(٢) الدر المختار (٦/ ٢٢٣)، وانظر البحر الرائق (٨/ ١٤٣).

(٣) انظر لسان الحكام (١/ ٣٠٧).

الوقف، وأنه يقبل القسمة. ومن أصحابنا من علل المنع بأن الموقوف عليه لا يملك، وأن الوقف لا يفرز بالقسمة عن الطلق»(١).

وقال أيضًا: «قال القاضي حسين: ما لا يستحق بالشفعة، لا يستحق به الشفعة، وجعل هذا علة قولهم: أرض نصفها وقف، ونصفها طلق، أنه لا يثبت للموقوف عليه الشفعة، وهو الصحيح، وتبعه الرافعي، فقال: إن الوقف لا يستحق الشفعة، فلا تستحق به الشفعة، والأصح عند الوالد ﷺ أن علة الوقف كون الموقوف عليه لا يملك الوقف على المذهب، فليس بشريك في الملك، والشفعة إنما تثبت لشريك الملك، وهذه هي التي اختارها ابن الصباغ.

ولو قلنا: إن الموقوف عليه يملك فشرط الشفعة قبول القسمة، والوقف لا يفرز بالقسمة عن الملك على أشهر الوجهين»(٢).

وقال ابن قدامة: «وإن كان بعض العقار وقفًا، وبعضه طلقًا، فذكر القاضي أنه لا شفعة لصاحب الوقف؛ لأنه ملك غير تام، فلا يستفيد به ملكًا تامًا.

وقال أبو الخطاب: هذا ينبني على الروايتين في ملك الوقف، إن قلنا: هو مملوك فلصاحبه الشفعة؛ لأنه يلحقه الضرر من جهة الشريك، فأشبه الطلق، فإن قلنا: ليس بمملوك فلا شفعة له لعدم ملكه»(٣).

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى تفصيل في أخذ الواقف والموقوف عليه وناظر الوقف الشفعة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٣١١).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٣٢٧).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣٣)، وانظر المغني (٥/ ١٩٨)، القواعد لابن رجب (ص٣٩٤، ٣٩٥).

أما الواقف فإن أخذه ليوقفه كان له ذلك، وإن أخذه له لم يكن له ذلك إلا أن يكون مرجع الوقف له، كأن يوقف على عشرة مدة حياتهم، أو يكون الوقف مدة معينة.

وأما ناظر الوقف فليس له أن يأخذ لنفسه بالشفعة، وهل له أن يأخذه ليضيفه إلى الوقف، إن جعل الواقف ذلك له بأن نص في ولايته على الأخذ بالشفعة كان له ذلك، وإلا فلا.

وأما الموقوف عليهم فلا يأخذون الشفعة بالوقف حتى ولو أخذوه ليوقفوا إلا أن يئول الوقف إلى الموقوف عليهم ملكًا، كمن حبس على جماعة على أنه إذا لم يبق فيهم إلا فلان فالوقف له ملكًا. هذا ملخص مذهب المالكية[1].

القول الثالث:

يؤخذ المبيع شفعة بالوقف، وهو أحد الوجهين في مذهب الحنابلة، اختاره الشيخ عبد الرحمن السعدي وشيخنا ابن عثيمين، وقال به الشافعية في أحد الوجهين للموقوف عليه دون الواقف.

قال الماوردي: «إن كانت حصة الخليط وقفًا نظر في الوقف:

فإن كان عامًا كالوقف على الفقراء والمساكين، أو على خاص لا يملك كالوقف على جامع، أو مسجد فلا يستحق به شفعة في المبيع.

وإن كان خاصًا على مالك كالوقف على رجل بعينه، أو على جماعة بأعيانهم

---

(١) الشرح الكبير (٣/ ٤٧٤)، شرح الخرشي (٦/ ١٦٢، ١٦٣)، التاج والإكليل (٥/ ٣١١) ومعه مواهب الجليل، منح الجليل (٦/ ١٩٠)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٦٣١، ٦٣٢).

فلا يملك به الواقف شفعة؛ لزوال ملكه عن الموقوف، وأما الموقوف عليه فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه هل يكون مالكًا لرقبة الوقف أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يكون مالكًا لرقبته، وإنما يكون مالكًا لغلته، فعلى هذا لا شفعة له لعدم ملكه.

والقول الثاني: يكون مالكًا لرقبة الوقف، فعلى هذا في استحقاقه للشفعة وجهان:

أحدهما: يستحق به الشفعة لثبوت ملكه، واستضراره بسوء المشاركة.

والوجه الثاني: لا شفعة له؛ لأنه ليس بتام الملك، ولا مطلق التصرف»[(١)].

قال شيخنا ابن عثيمين عليه رحمة الله: «الشفعة في شركة الوقف أحق منها في شركة الطلق؛ لأن تضرر الشريك في الوقف أشد من تضرر صاحب الملك الطلق»[(٢)].

وذلك أن شريك الطلق لو وجد الشريك سيء المعاملة باع نصيبه وتخلص من الشركة بخلاف شريك الوقف.

❑ الراجح:

أصل الخلاف في هذه المسألة راجع إلى مسألتين:

الأولى سبب الشفعة، فمن قال: إن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة، فلا شفعة هنا؛ لأن الوقف لا يدخله قسمة.

ومن قال: إن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة، فهنا يمكن أن يقال: يؤخذ المبيع شفعة بالوقف لدفع ضرر الشركة.

---

(١) الحاوي (٧/ ٢٣٤).

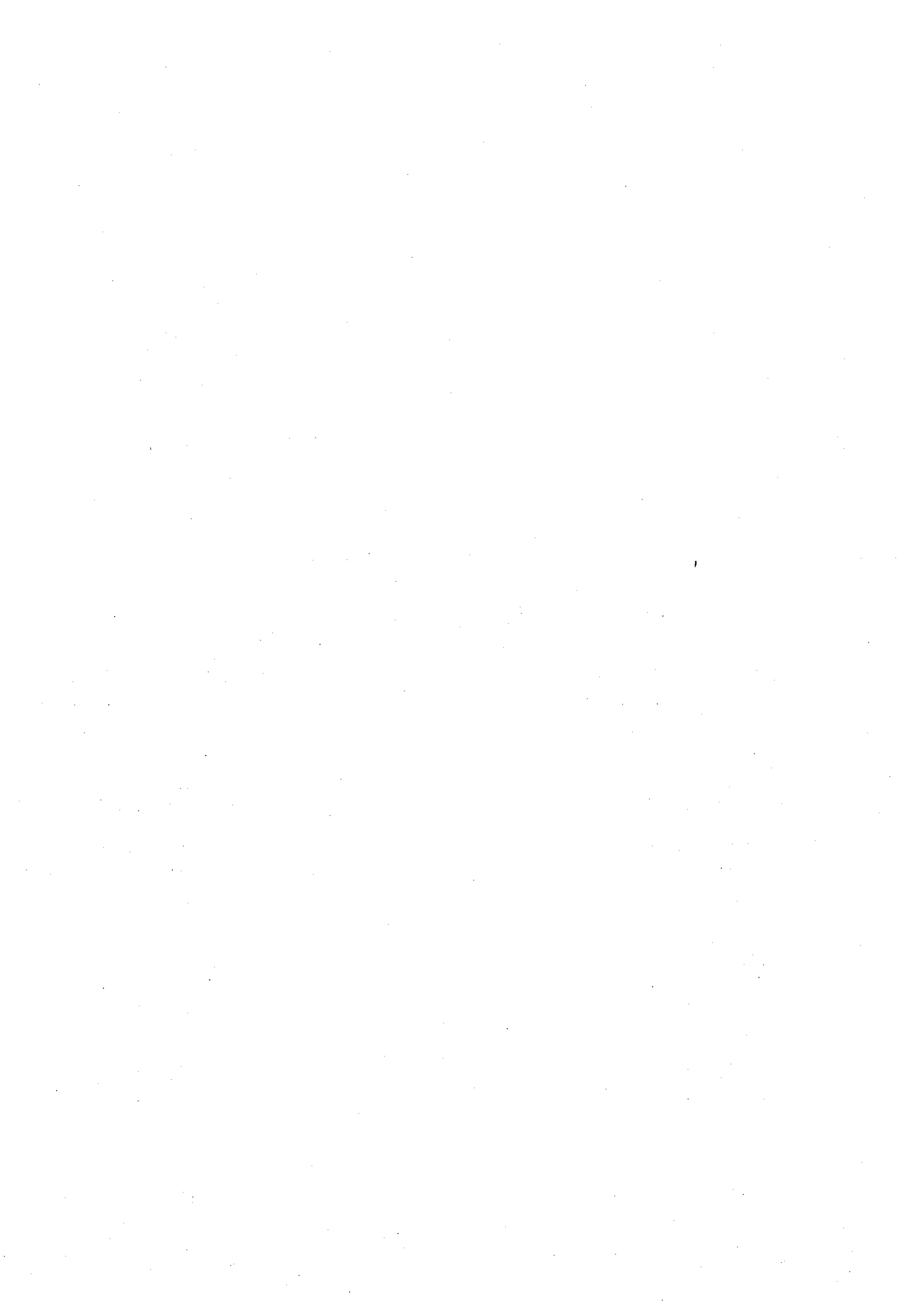
(٢) الشرح الممتع (١٠/ ٢٥٩).

السبب: اختلاف الفقهاء في الوقف على معين، هل يصير وقفه ملكًا لله، أو ينتقل إلى الموقوف عليه، أو يكون باقيًا على ملك الواقف على ثلاثة أقوال في مذهب أحمد وغيره.

والمشهور من المذهب أن الوقف ملك للموقوف عليه يملكه، ولكن ملكه له ملك قاصر غير تام، لأنه لا يملك التصرف في رقبته.

وإذا كان يملكه الموقوف عليه فإنه ينبغي أن يقال: له الشفعة، ولا يوجد دليل في الشفيع أن يكون ملكه تامًا، فإذا ملك استحق الشفعة سواء كان ملكه تامًا أو ناقصًا؛ لأن تضرره بالشركة موجود في الحالين، والله أعلم.





الفصل الرابع
الشفعة في شركة المضاربة

المبحث الأول
إذا كان الشفيع
رب المال والمشتري هو المضارب

[م-١٠٥٧] أصل هذه المسألة راجع إلى مسألتين:

أحدهما: حكم شراء رب المال من مال المضاربة.

والثانية: متى يملك المضارب حصته من الربح، هل يملك الربح بمجرد الظهور، أو لا يملكه إلا بعد القسمة.

إذا علم ذلك نأتي لتصوير مسألتنا وبيان الخلاف فيها:

صورة المسألة: إذا كان رب المال له عقار بينه وبين رجل أجنبي، فباع هذا الأجنبي نصيبه على المضارب، وكان المضارب قد اشتراه للمضاربة لا لنفسه، فهل لرب المال أن يأخذ الشقص بالشفعة، ويخرج العقار من مال المضاربة، أو لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة باعتبار أن المضارب يتصرف لرب المال، وهو وعامل في ماله بموجب عقد بينهما؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لرب المال أن يأخذ العقار من المضارب بالشفعة، وهو مذهب الحنفية،

والمالكية، وأحد القولين في مذهب الشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[١].

جاء في بدائع الصنائع: «لو اشترى المضارب دارًا، ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها، فله أن يأخذ بالشفعة؛ لأن المشترى وإن كان له في الحقيقة، لكنه في الحكم كأنه ليس له، بدليل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب، ولهذا جاز شراؤه من مال المضارب»[٢].

وقال ابن قدامة: «وإن اشترى المضارب شقصًا في شركة رب المال، فهل لرب المال فيه شفعة؟ على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة»[٣].

القول الثاني:

لا يستحق رب المال الأخذ بالشفعة، وهو أصح القولين في مذهب الشافعية، والمشهور عند الحنابلة[٤].

جاء في مغني المحتاج: «فلو اشترى العامل بمال القراض شقصًا من شريك المالك لم يشفع المالك؛ لأن الشراء وقع له، فلا يمكن الأخذ من نفسه لنفسه»[٥].

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٤٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٠١)، الفتاوى الهندية (٤/ ٣٣٢)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٨٤)، تهذيب المدونة (٤/ ١٦٤)، الذخيرة للقرافي (٧/ ٣١١)، الوسيط (٤/ ٧٨)، روضة الطالبين (٥/ ١١٢)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٥)، المغني (٥/ ١٩٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣٥)، الإنصاف (٦/ ٣١٤).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٠١).

(٣) المغني (٥/ ١٩٨).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥١)، كشاف القناع (٤/ ١٤٥)، المغني (٥/ ١٩٨)، الفروع (٤/ ٣٩٢)، الإنصاف (٦/ ٣١٤).

(٥) مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩).

وقال في الإنصاف: «هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة. . .فأطلق المصنف فيه وجهين:

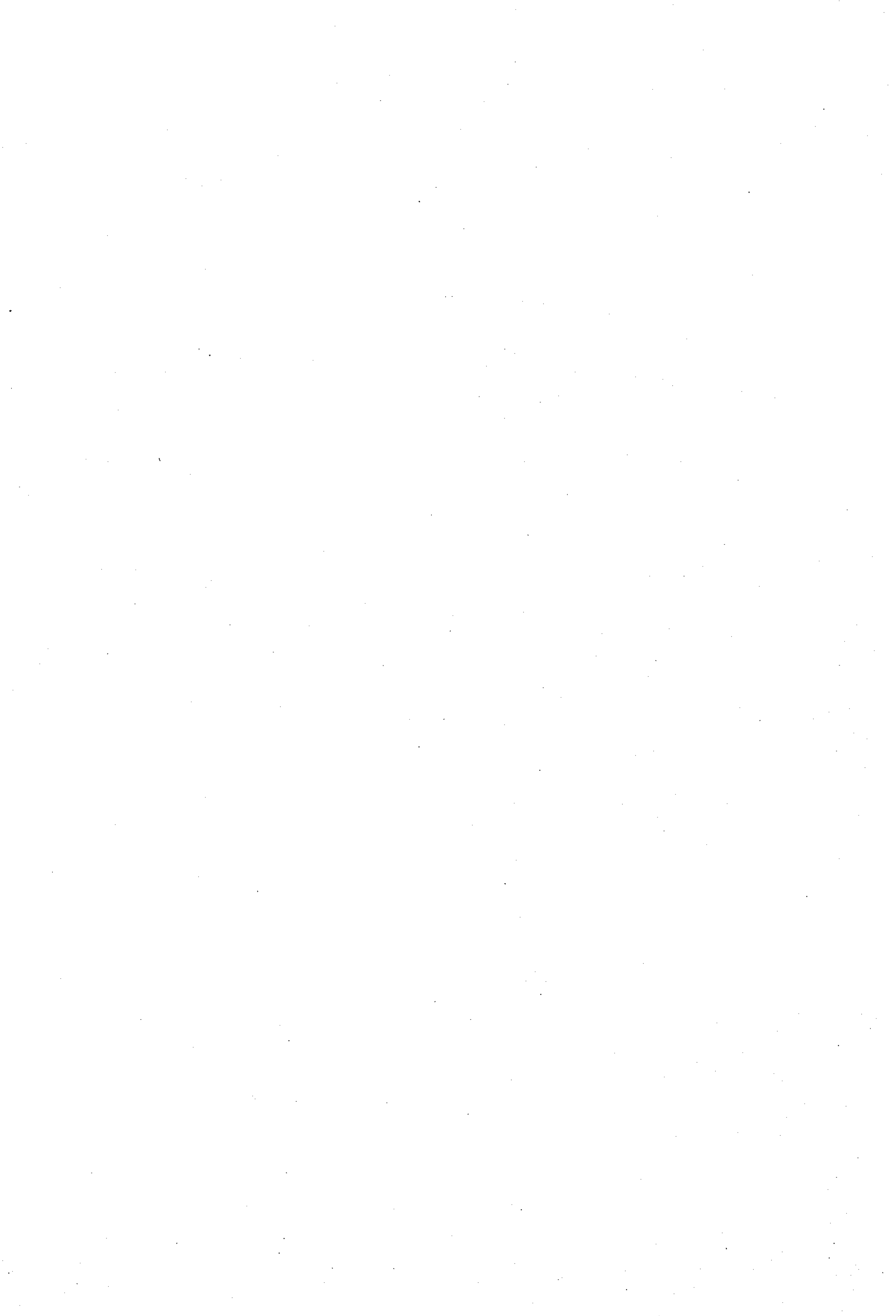
أحدهما: لا تجب الشفعة، وهو الصحيح من المذهب. . .»[١].

جاء في كشاف القناع: «ولا شفعة لرب المال على مضارب، كأن يكون لرب المال شقص في دار، فيشتري المضارب بمالها أي مال المضاربة بقيتها؛ لأن الملك لرب المال، فلا يستحق الشفعة على نفسه»[٢].



(١) الإنصاف (٦/ ٣١٤).

(٢) كشاف القناع (٤/ ١٤٥).



المبحث الثاني
أخذ المضارب الشفعة
لنفسه ما اشتراه للمضاربة

❑ صورة المسألة:

إذا اشترى المضارب من مال المضاربة شقصًا في شركة عقار وكان المضارب أحد الشركاء، فهل يملك أن يأخذ لنفسه ما اشتراه للمضاربة بالشفعة باعتباره يملك شقصًا في هذا العقار؟

[م-١٠٥٨] اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

له الأخذ بالشفعة، وهو مذهب الحنفية، والمالكية وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[١].

جاء في تهذيب المدونة: «وإذا اشترى المقارض من المال شقصًا، هو شفيعه، فله الشفعة، ولا يمنعه رب المال، ولو كان رب المال هو الشفيع، فله القيام أيضًا»[٢].

وجاء في مغني المحتاج: «فإن كان العامل شريك البائع في الشقص المبيع،

(١) المبسوط (١٤/ ١٤٦) و (١٤/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٠١)، الفتاوى الهندية (٥/ ٢٠٢)، المدونة (٤/ ٤٤٧)، تهذيب المدونة (٤/ ١٦٤)، الذخيرة (٧/ ٣١١)، روضة الطالبين (٥/ ١١٢)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٩)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٥).

(٢) تهذيب المدونة (٤/ ١٦٤).

كان له الأخذ بالشفعة، ولو ظهر في المال ربح؛ لأنه لا يملك شيئًا منه بالظهور»[١].

القول الثاني:

إن كان في المال ربح لم يكن للعامل أن يأخذ بالشفعة، وإن كان لم يكن فيه ربح فله الأخذ بالشفعة، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

جاء في روضة الطالبين: «وإن كان العامل شريكًا فيه، فله الأخذ إن لم يكن في المال ربح، أو كان، وقلنا: لا يملك بالظهور، فإن قلنا: يملك به فعلى الوجهين في المالك»[٢].

وقال في الإقناع: «ولا شفعة لمضارب على رب المال إن ظهر ربح، وإلا وجبت. وصورته: أن يكون للمضارب شقص في دار، فيشتري من مال المضاربة بقيتها»[٣].

وقال ابن قدامة: «وإن كان المضارب شفيعه، ولا ربح في المال، فله الأخذ بها؛ لأن الملك لغيره»[٤].

القول الثالث:

ليس له الأخذ بالشفعة مطلقًا، وهو قول اللخمي من المالكية[٥].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩).
(٢) روضة الطالبين (٥/ ١١٢).
(٣) الإقناع (٢/ ٣٧٧).
(٤) المغني (٥/ ١٩٨).
(٥) الذخيرة (٧/ ٣١١).

وجهه:

أن العامل حين اشترى الشقص اشتراه للمضاربة، وبقصد الربح، والشفعة لا ربح فيها؛ لأنه يأخذها بالثمن، فكان هذا تصرفًا منه في مال المضاربة لحظه هو دون حظ المالك.

جاء في الذخيرة: «قال اللخمي: قيل: لا شفعة للعامل، قال: وهو أبين إذا قال اشتريت للقراض، وهو عالم بوجوب الشفعة للشريك؛ لأن ذلك إقرار منه أنه قصد الربح، والشفعة لا ربح فيها، فهو خلاف ما أقر به، وإن جهل، فأعلم بعد الشراء، حلف وأخذ، وإن قال: قصدت بالشراء نفسي، وتعديت على المال، كان لصاحب المال أن يباع له، ويأخذ جزءًا من ربحه...»(١).



(١) المرجع السابق.



الفصل الخامس
في الشفعة في عقارين بيعا صفقة واحدة

المبحث الأول
أن يكون الشريك شفيعا فيهما

[م-١٠٥٩] إذا بيع عقاران صفقة واحدة، وكان المشتري واحدًا، وكان الشريك شفيعًا فيهما، فهل يلزم أن يأخذ الجميع أو يدع الشفعة، أو له أن يأخذ أحدهما دون الأخرى؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يلزم الشفيع أخذ الجميع أو ترك الجميع، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، وأحد القولين عند الشافعية، وأحد الوجهين عند الحنابلة(١).

جاء في المبسوط: «وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة، وشفيعهما واحد، فأراد أخذ أحدهما دون الأخرى فليس له ذلك»(٢).

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٥٩)، البحر الرائق (٨/ ١٦٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦)، تحفة الفقهاء (٣/ ٥٨)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٥)، المدونة (٥/ ٤١٤)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١٥)، الخرشي (٦/ ١٧٦)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٧)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٩)، الذخيرة (٧/ ٣٤٧)، مواهب الجليل (٥/ ٣٢٨)، القوانين الفقهية (ص١٨٩)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، الإنصاف (٦/ ٢٨١)، الكافي (٢/ ٤٢٢).

(٢) المبسوط (١٤/ ١٥٩).

وجاء في المدونة: «أرأيت لو أن رجلًا اشترى نصيبًا من دارين صفقة واحدة، وشفيعهما واحد، فقال الشفيع: أنا آخذ إحدى الدارين وأسلم الأخرى، وقال المشتري: خذ الجميع أو دع. قال مالك: يقال للشفيع: خذ الجميع أو دع. قلت: فإن كان المشتري اشترى هذين النصيبين من رجلين مختلفين صفقة واحدة؟ قال: قال مالك: ليس للشفيع أن يأخذ حظ أحد الرجلين دون الآخر؛ لأن الصفقة واحدة، والمشتري واحد، فإما أن يأخذ الجميع وإما أن يدع»(١).

وجه ذلك:

أن المشتري ملكهما صفقة واحدة، وفي أخذ أحدهما تفريق للصفقة عليه، وكما لا يملك المشتري في حق البائع تفريق الصفقة بقبول أحدهما دون الأخرى، فالشفيع يحل محله. بخلاف ما إذا كان العقد في صفقتين.

القول الثاني:

له أن يأخذ أحدهما فقط، وله أخذهما جميعًا، وهو قول زفر من الحنفية، وأصح القولين في مذهب الشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة(٢).

❑ وجه هذا القول:

أما كونه يأخذهما جميعًا فلأنه شريك فيهما، وأما كونه يصح أن يأخذ أحدهما دون الأخرى فلأن الشقص لما تعدد وانفصل كل واحد منهما عن

---

(١) المدونة (٥/ ٤١٤).

(٢) انظر قول زفر في المبسوط (١٤/ ١٥٩)، وانظر قول الشافعية في روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٦)، تحفة المحتاج (٦/ ٧٨)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٥)، وانظر قول الحنابلة في المغني (٥/ ٢٠٢)، الإنصاف (٦/ ٢٨٠، ٢٨١)، الكافي (٢/ ٤٢٢)، المبدع (٥/ ٢١٥).

الآخر، جاز له أن يأخذ بالشفعة أحدهما، ولأن اجتماع العقارين في عقد واحد لا يعني إلزام الشفيع في الجميع كما لو وقع العقد عليهما في عقدين مختلفين، ولأنه قد يتوصل به إلى إسقاط حق الشفيع فيجمع مع العقار عقارًا آخر في صفقة واحدة ليعجز الشفيع عن أخذهما، والله أعلم.

❑ **الراجح:**

أن العقار المتعدد في الصفقة الواحدة ينظر إليه على أنه مبيع واحد، فإما أن يأخذ الجميع أو يدع الجميع، والله أعلم.





المبحث الثاني
أن يكون الشريك شفيعًا في أحدهما

[م-١٠٦٠] إذا بيع عقاران صفقة واحدة، وكان الشريك شفيعًا في أحدهما، فهل له أن يأخذ الجميع، أو لا يملك إلا أخذ العين الذي هو شريك فيها؟

اختلف العلماء في ذلك:

فذهب عامة أهل العلم وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أن الشفيع لا يملك إلا أخذ العين الذي هو شريك فيها دون الأخرى[(١)].

وجه ذلك:

أن الصفقة وإن وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت إلى شيئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة، والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة، فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما إذا اشترى عقارًا ومنقولًا صفقة واحدة فإنه يأخذ العقار خاصة كذا هذا[(٢)].

القول الثاني:

روى الحسن عن أبي حنيفة أن للشفيع أن يأخذ العقارين جميعًا، أو يتركهما؛

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٥٩، ١٦٠)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٤٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦)، المدونة (٥/ ٤١٥)، مواهب الجليل (٥/ ٣٢٧)، الذخيرة (٧/ ٣٤٣)، منح الجليل (٧/ ٢٢٩)، روضة الطالبين (٥/ ١٠٧)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٦)، تحفة المحتاج (٦/ ٧٨)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٥)، المغني (٥/ ٢٠٢)، الإنصاف (٦/ ٢٨٠، ٢٨١)، الكافي (٢/ ٤٢٢)، المبدع (٥/ ٢١٥).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٦).

لأنه لو أخذها دون الأخرى لتفرقت الصفقة على المشتري، فيثبت حقه في الأخرى حكمًا لدفع الضرر عن المشتري[١].

❑ **الراجح:**

القول الأول، ويقال: إن أبا حنيفة رجع إلى قول محمد بن الحسن وأبي يوسف، والله أعلم.

❀ ❀ ❀

(١) المبسوط (١٤/ ١٦٠)، وانظر تحفة الفقهاء (٣/ ٥٨).

الباب الرابع
في أحكام المشفوع عليه

الفصل الأول
تعريف المشفوع عليه

تكلمنا في الباب الأول عن أحكام الشفيع، ثم انتقلنا في الباب الثاني إلى أحكام المشفوع فيه، ونبحث في هذا الباب أحكام المشفوع عليه، والمقصود بالمشفوع عليه: هو المأخوذ منه المبيع بالشفعة، وهو المشتري.

وقد عرفه بعض المالكية بقولهم: كل من تجدد ملكه اللازم باختياره زاد بعضهم بمعاوضة.

فقيد التجدد: احتراز من رجلين اشتريا دارًا معًا، فلا شفعة لأحدهما.

وقيد: اللازم: احتراز من بيع الخيار.

وقيد الاختيار: احتراز من الإرث[1].

وقيد المعاوضة يدخل فيه هبة الثواب، والصلح، ويخرج به الإرث باتفاق، والهبة المحضة والصدقة، والوصية على خلاف سيأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

كما اشترط بعضهم أن يكون عقد المشتري عقدًا صحيحًا، فإن كان فاسدًا لم تثبت فيه الشفعة، وفيه خلاف سيأتي تحريره إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر الذخيرة (٧/ ٣٠٥)، مواهب الجليل (٥/ ٣١٥).

وعرفه الشافعية: بأنه من كان ملكه طارئًا على ملك الآخذ، لازمًا بعوض[1].

وهذا التعريف قريب من تعريف المالكية، والقيود والاحترازات على هذا التعريف هي نفس الاحترازات على التعريف السابق، والله أعلم.



(١) أسنى المطالب (٢/ ٣٦٥).

الفصل الثاني
أن يكون ملك المشفع عليه طارئًا

[م-١٠٦١] يشترط أن يكون ملك المشفوع عليه (المشتري) طارئًا على ملك الشفيع، فإن اشترى رجلان دارًا معًا، أو شقصًا من دار فلا شفعة لواحد منهما على الآخر؛ لاستوائهما في وقت حصول الملك(١).

قال ابن رشد: واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع(٢).



(١) الذخيرة (٧/ ٣٠٥)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٥)، الخرشي (٦/ ١٦٣، ١٦٤)، الذخيرة (٧/ ٣٠٥)، روضة الطالبين (٥/ ٧٤)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٠٨)، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب (٣/ ٥٠٢)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٥).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ١٩٧).



الفصل الثالث
أن يكون البيع لازمًا

المبحث الأول
الأخذ بالشفعة في زمن الخيار

الفرع الأول
الأخذ بالشفعة إذا كان الخيار للبائع أو لهما

[م-١٠٦٢] إذا جرى البيع بشرط الخيار:

فإن كان الخيار للعاقدين، أو كان الخيار للبائع وحده فلا شفعة ما دام الخيار باقيًا، وهذا قول الأئمة الأربعة، سواء قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع أو قلنا: هو موقوف، أو قلنا: إن الملك للمشتري وهو الصحيح(١).

وذكر أبو الخطاب من الحنابلة احتمالًا بثبوت الشفعة مطلقًا إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري؛ لأن الملك لما انتقل في مدة الخيار ثبتت فيه الشفعة كما بعد انقضائه(٢).

❑ **وجه القول بعدم ثبوت الشفعة:**

علل الحنفية وبعض الشافعية عدم ثبوت الشفعة في كون البيع ليس لازمًا.

ولكون الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار، فخيار البائع يمنع خروج

---

(١) سبق البحث في مسألة: مَن يملك المبيع زمن الخيار في عقد البيع، فارجع إليه إن شئت.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٥٣٥)، القواعد لابن رجب (ص٣٧٩).

المبيع عن ملكه، وبقاء ملك البائع يمنع وجوب الشفعة؛ لأن شرط ثبوتها خروج المبيع عن ملك البائع[١].

جاء في الفتاوى الهندية: «ومنها زوال ملك البائع عن المبيع، فإذا لم تزل فلا تجب الشفعة كما في البيع بشرط الخيار للبائع حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة... ولو كان الخيار لهما لا تجب الشفعة»[٢].

وجاء في المدونة: «الخيار إذا كان للبائع فهذا لا شك فيه أنه لا شفعة»[٣].

وقال النووي: «فإن باع بشرط الخيار لهما أو للبائع فلا شفعة ما دام الخيار باقيًا»[٤].

وانتقد بعض الشافعية التعليل بعدم اللزوم، وعللوا عدم ثبوت الشفعة في حال كان الخيار للبائع بعدم الملك الطارئ.

فقال: «ولا حاجة لقوله: لازمًا لثبوت الشفعة في مدة خيار المشتري، وعدم ثبوتها في مدة خيار البائع، أو خيارهما؛ لعدم الملك الطارئ لا لعدم اللزوم»[٥].

---

(١) الفتاوى الهندية (٥/ ١٦١)، المبسوط (١٣/ ٦٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣)، اللباب في شرح الكتاب (١/ ١٩١)، البحر الرائق (٨/ ١٥٨)، المدونة (٥/ ٤٣٩)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٠)، الأم (٤/ ٤)، مختصر المزني (ص١٢٠)، روضة الطالبين (٥/ ٧٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣٤)، الشرح الكبير (٥/ ٥٣٥).

(٢) الفتاوى الهندية (٥/ ١٦١).

(٣) المدونة الكبرى (٥/ ٤٣٩).

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٧٤).

(٥) أسنى المطالب (٢/ ٣٦٥، ٣٦٦).

ورد بعض الشافعية:

بأن الملك إذا تم العقد تبين أنه طرأ من حين العقد فظهر التعليل بعدم اللزوم له فائدة(١).

وجاء في قواعد ابن رجب: «فأما الأخذ بالشفعة فلا يثبت في مدة الخيار على الروايتين عند أكثر الأصحاب، ونص عليه أحمد في رواية حنبل.

فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر بعد.

ومنهم من علل بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار، فلذلك لم تجز المطالبة بها في مدته. وهو تعليل القاضي في خلافه، فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة. وذكر أبو الخطاب احتمالًا بثبوت الشفعة مطلقًا إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري»(٢).

❑ الراجح:

الخلاف في المسألة راجع إلى الخلاف في ملك المبيع زمن الخيار:

فمن قال: إن الملك زمن الخيار للبائع أو قال: هو موقوف فلم يتجدد ملك للمشتري زمن الخيار حتى يقال بثبوت الشفعة.

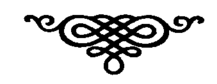
ومن قال: إن الملك للمشتري وهو الصحيح اختلف في اشتراط أن يكون الملك لازمًا. ولا يوجد دليل على اشتراط أن يكون الملك لازمًا، والذي أميل إليه القول بثبوت الشفعة مع قيام الخيار؛ لأننا إذا قلنا: إن البيع بشرط الخيار ينعقد صحيحًا إلا أنه عقد جائز، وليس بلازم، والملك في زمن الخيار

---

(١) انظر تحفة المحتاج (٦/ ٦٠).

(٢) القواعد لابن رجب (ص٣٧٩).

للمشتري، وله النماء وقت الخيار، فلا مانع من القول بثبوت الشفعة، ويقال: للشفيع لك الحق في أخذ المبيع بالشفعة وتحل محل المشتري إلا أن العقد في حقك ليس لازمًا زمن الخيار كحال المشتري، فإن شاء البائع رجع، وإن أمضى البيع فأنت على شفعتك، فكما أن المشتري لا يملك بت البيع زمن الخيار فكذلك الشفيع لا يملك بت الأخذ بالشفعة زمن الخيار، وتكون مصلحة الشفيع هنا الاستفادة من نماء المبيع وقت الخيار، والله أعلم.



الفرع الثاني
في الأخذ بالشفعة إذا كان الخيار للمشتري

[م-١٠٦٣] إذا كان الخيار للمشتري وحده فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة زمن الخيار على قولين:

القول الأول:

تثبت الشفعة، وهو مذهب الحنفية، والصحيح من مذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة(١).

جاء في تبيين الحقائق: «وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة، أما عندهما فظاهر؛ لأن المشتري يملكها، وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع»(٢).

وجاء في مغني المحتاج: «وإن شرط - يعني الخيار - للمشتري وحده فالأظهر أنه يؤخذ بالشفعة إن قلنا: الملك في زمن الخيار للمشتري، وهو الراجح كما سبق في باب الخيار»(٣).

❏ وجه القول بثبوت الشفعة:

إذا كان الخيار للمشتري فقد خرج من ملك البائع وانتقل الملك إلى المشتري، ولا حق لغيره فيه، والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٥٨)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٦)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٤)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٦١)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٩)، المهذب (١/ ٣٧٨)، روضة الطالبين (٥/ ٧٤)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٥)، الإنصاف (٦/ ٣٠٨).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٤).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٢٩٩).

الملك، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى، وعامة ما يُقدَّر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيبًا[١].

القول الثاني:

لا تثبت الشفعة في زمن الخيار، لا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري، أو لهما، وهذا مذهب المالكية، والحنابلة، وقول في مذهب الشافعية[٢].

❑ وجه القول بعدم ثبوت الشفعة:

القول بثبوت الشفعة يلزم المشتري بالعقد من غير رضاه، ويوجب العهدة عليه، ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع، فإننا إنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع، وتفويت حق الرجوع عليه في عين مالهما، وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة بخلاف الشفعة[٣].

❑ الراجح:

القول بثبوت الشفعة لأن مدار الشفعة على خروج المبيع من ملك البائع، وقد خرج، ولذلك لو أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري كان للشفيع أن يأخذه من البائع، فلم يتعلق الأمر بلزوم العقد على المشتري، فكذلك هنا، والله أعلم.

---

(١) انظر المغني (٥/ ١٨٣).

(٢) الذخيرة للقرافي (٧/ ٣٠٧)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٥)، الشرح الكبير (٥/ ٥٣٥)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٦٣٣)، المغني (٥/ ١٨٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣٤)، الشرح الكبير (٥/ ٥٣٥)، الإنصاف (٦/ ٣٠٨)، روضة الطالبين (٥/ ٧٤).

(٣) انظر المغني (٥/ ١٨٤).

الفصل الرابع
أن يملك المشتري المبيع

المبحث الأول
أن يملكه بعوض مالي

الفرع الأول
أن يملكه عن طريق البيع

[م-١٠٦٤] لم يختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في المشفوع فيه إذا كان انتقاله من الشريك عن طريق البيع؛ لأن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك، فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الأخذ بالشفعة[(١)].

جاء في المغني: «ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف»[(٢)].

وحكى الإجماع على ذلك القاضي عبد الوهاب البغدادي من المالكية[(٣)].

(ح-٦٥٢) ومستند الإجماع ما رواه مسلم من طريق أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: **من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك**[(٤)].

---

(١) العناية شرح الهداية (٩/ ٤٠٥)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٠)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٧٢)، بداية المجتهد (٢/ ١٩٥)، الفروع (٤/ ٥٣٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٤).

(٢) المغني (٥/ ١٨٢).

(٣) المعونة (٢/ ١٢٧١، ١٢٧٢).

(٤) صحيح مسلم (١٦٠٨).

فإن كان المشفوع فيه قد بيع بمال مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه، وإن بيع بمتقوم فبقيمته[١].

قال ابن قدامة: «إذا ثبت هذا - يعني الأخذ بالشفعة - فإننا ننظر في الثمن، فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان، فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن، وهذا قول أكثر أهل العلم، وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي.

وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب هاهنا؛ لأنها تجب بمثل الثمن، وهذا لا مثل له، فتعذر الأخذ فلم يجب كما لو جهل الثمن.

ولنا: أنه أحد نوعي الثمن، فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي، وما ذكروه لا يصح؛ لأن المثل يكون من طريق الصورة، ومن طريق القيمة كبدل المتلف»[٢].

وهذا هو الراجح.



(١) الكافي لابن عبد البر (ص٤٤٢)، بداية المجتهد (٢/ ١٩٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠١)، المغني (٥/ ٢٠٠).

(٢) المغني (٥/ ٢٠١).

الفرع الثاني
أن يكون ملك المشتري له في معنى البيع

المسألة الأولى
أن ينتقل عن طريق
الصلح الذي بمعنى البيع

[م-١٠٦٥] إذا انتقل الشقص عن طريق الصلح نظر:

فإن كان الصلح مع إنكار المدعى عليه لم يكن الصلح في حق المنكر بيعًا؛ بل كان صلحًا محضًا لقطع المنازعة فلا يثبت له ما يثبت في البيع من الرد بالعيب، ومن الأخذ بالشفعة لو كان عقارًا؛ لأنه بذل ماله في هذه الحالة افتداء ليمينه أو قطعًا لشغب خصمه.

وإن كان الصلح مع إقرار المدعى عليه، كما لو أقر له بدين أو عين، ثم صالحه عنه بعوض فإن هذا الصلح بمنزلة البيع، يثبت له ما يثبت للبيع من الرد بالعيب، ومن الأخذ بالشفعة لو كان عقارًا.

وبه قال الأئمة الأربعة(١).

جاء في منهاج الطالبين: «باب الصلح، وهو قسمان:

أحدهما: يجري بين المتداعيين، وهو نوعان:

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١١، ١٢)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص٦٣)، البحر الرائق (٨/ ١٥٨)، بداية المجتهد (٢/ ١٩٥)، المدونة (٥/ ٤٥٧)، منهاج الطالبين (ص٦٠)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٩)، المحرر (١/ ٣٤١)، الإنصاف (٦/ ٢٥٠)، المغني (٤/ ٣٠٩).

أحدهما: صلح على إقرار، فإن جرى على عين غير المدعاة فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه كالشفعة والرد بالعيب...»[١].

وقال في الحاوي الكبير: «والعقود على ثلاثة أقسام: قسم يجب فيه العوض، وقسم لا يجب فيه العوض، وقسم اختلف قوله في وجوب العوض فيه. فأما الموجب للعوض فخمسة عقود: البيع والإجارة، والصلح، والصداق، والخلع، فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع»[٢].

وجاء في المبدع: «ما انتقل بعوض مالي كالصلح بمعنى البيع... فإنها تثبت فيها؛ لأن ذلك يثبت فيه أحكام البيع»[٣].

وجاء في شرح القواعد الفقهية: «وأما الصلح فإنه يعتبر بأقرب العقود إليه فحينئذ إما أن يكون المدعى عليه مقرًا بالمدعى به، أومنكرًا.

ففي حالة إقراره إن وقع الصلح عن مال بمال يدفعه المدعى عليه يعتبر بيعًا، فيجري في المدعى به الرد بالعيب، ويؤخذ بالشفعة إن كان عقارًا... وفي حال إنكار المدعى عليه إذا تصالحا على بدل يدفعه للمدعي يكون ذلك في حقه صلحًا محضًا لقطع المنازعة، فلا يمكنه بعد عقد الصلح أن يرد المدعى به: أي المصالح عنه بالعيب، ولا يؤخذ بالشفعة لو كان عقارًا»[٤].

❊ ❊ ❊

(١) منهاج الطالبين (ص٦٠).
(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٢).
(٣) المبدع (٥/ ٢٠٥).
(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (ص٦٣).

المسألة الثانية
أن يملك المشتري المبيع عن طريق هبة الثواب

القصد في العقد معتبر.

[م-١٠٦٦] اختلف الفقهاء في الشرك إذا انتقل للغير عن طريق الهبة بشرط الثواب هل يثبت في ذلك شفعة أو لا يثبت؟

والخلاف فيه راجع إلى توصيف الهبة هل تكون بيعًا اعتبارًا بالقصد والمعنى، أو تكون هبة اعتبارًا للفظ؟

وهل يشترط أن يكون الثواب معلومًا حتى لا يكون الثمن مجهولًا، أو يصح العقد ولو مع جهالة الثمن، ويجعل العرف فيها بمنزلة الشرط، وهو ثواب مثلها(١).

---

(١) إذا اشترط الثواب وكان معلومًا صح العقد واعتبر بيعًا عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والأظهر عند الشافعية.
وإذا اشترط العوض وكان مجهولًا صح العقد عند الحنفية، والمالكية، ورواية عن الإمام أحمد.
وقيل: العقد باطل، وهو المذهب عند الشافعية، والحنابلة، والمسألة راجعة إلى مسألة أخرى، في حكم البيع إذا لم يسم الثمن، هل يصح، ويثبت فيه ثمن المثل، أو لا يصح، وسبق بحث هذه المسألة في عقد البيع.
وإن وهب مطلقًا دون تقييد بثواب أو عدمه فعند الجمهور لا تقتضي ثوابًا.
وعند المالكية يصدق الواهب في قصده ما لم يشهد العرف بضده.
انظر الموسوعة الكويتية (١٥/ ٦١، ٦٢)، الأم (٤/ ٣).
وجاء في القوانين الفقهية (ص٢٤٢): «هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له، وهي جائزة، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردها، فإن قبلها فيجب أن يكافئه بقيمة =

فمن قال: العبرة في العقود بالمعاني نظر إلى أن الهبة بشرط ثواب معلوم قد قصد فيها المعاوضة، فتكون بمنزلة البيع، فيجوز للولي أن يهب مال الصبي بشرط الثواب، ويثبت في الهبة الخيار، وترد بالعيب، ويؤخذ الموهوب بالشفعة، ومن قال: هي هبة لم يثبت فيها ما سبق، إذا عرف ذلك نأتي إلى مسألتنا، فقد اختلف العلماء في هبة الثواب هل تؤخذ بالشفعة على قولين:

القول الأول:

يؤخذ الموهوب بالشفعة، وهو مذهب الجمهور، والقول القديم للشافعي(١).

لأن الهبة بشرط الثواب بمنزلة البيع، فهي قائمة على المعاوضة، إلا أن الحنفية - خلافًا لزفر - اشترطوا لثبوت الشفعة أن يتم التقابض بينهما.

❑ وجه قول الحنفية:

أن عقد الهبة بشرط العوض هبة ابتداء، معاوضة انتهاء، فلا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا، وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر حتى يتقابضا جميعًا، فإذا

= الموهوب، ولا يلزمه الزيادة عليها، ولا يلزم الواهب قبول ما دونها، وحكم هبة الثواب كحكم البيع، يجوز فيها ما يجوز في البيوع، ويمتنع فيها ما يمتنع فيها من النسيئة وغير ذلك».

(١) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص٤٣٥)، المبسوط (١٢/ ٨٠) و (١٤/ ١٤١) البحر الرائق (٨/ ١٥٨)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٦)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١١) و (٦/ ١٣٢)، القوانين الفقهية (ص٢٤٢)، الخرشي (٧/ ١١٧)، الذخيرة (٦/ ٢٧١)، الأم (٤/ ٣)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٢)، مغني المحتاج (٢/ ٤٠٥)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٧)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٢٦)، روضة الطالبين (٥/ ٧٧)، المغني (٥/ ١٨٢)، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٣/ ٣٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٤٦٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٦٨).

تقابضا كان بمنزلة البيع، يرد كل واحد منهما بالعيب، ويرجع في الاستحقاق، وتجب به الشفعة.

وقال غيرهم: إن العقد عقد بيع ابتداء وانتهاء؛ لأن معنى البيع موجود في هذا العقد؛ لأن البيع تمليك العين بعوض، وقد وجد، واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك.

القول الثاني:

لا شفعة في هبة الثواب، وهو القول الجديد للشافعي، ورواية عن أحمد[١].

ودليلهم: أن الهبة وإن قصد بها الثواب فإنها لا تسمى بيعًا، فلا تثبت فيها الشفعة.

وقال ابن قدامة: «وحكي عن أحمد رواية ثانية أنه يغلب فيها حكم الهبة، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به»[٢].

والراجح قول الجمهور؛ لأن العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٣٢)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٢٦)، روضة الطالبين الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٦٨).

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٦٨).



المبحث الثاني
أن يملك المشتري المبيع بعوض غير مالي

[م-١٠٦٧] إذا انتقل المشفوع فيه بعوض غير مالي، كما لو جعل الشقص مهرًا، أو عوضًا في الخلع، أو في الصلح عن دم العمد[١]، فهل تثبت فيه الشفعة؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

لا شفعة فيه، وهو مذهب الحنفية، والمشهور من مذهب الحنابلة، وبه قال ابن حزم[٢].

□ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

(ح-٦٥٣) ما رواه مسلم من طريق أبي خيثمة، عن أبي الزبير، عن جابر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: **من كان له شريك في ربعة، أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك**[٣].

---

(١) قيدنا الصلح أن يكون عن دم العمد، وأما الصلح عن دم شبه العمد، والخطأ ففيه الشفعة؛ لأن الواجب في هذه الحال هو الدية، والدية مال، فإذا صالح أولياء المقتول عن الدية بنصيبه من هذه الأرض فهنا للشريك أن يشفع؛ لأن نصيب القاتل انتقل إلى أولياء المقتول، وعوضه مالي.

(٢) البحر الرائق (٨/ ١٥٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٣)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤٠٥)، الإنصاف (٦/ ٢٥٢)، المقنع (٢/ ٢٥٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٣)، كشاف القناع (٤/ ١٣٧).

(٣) صحيح مسلم (١٦٠٨).

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: (**فليس له أن يبيع**) فالأخذ بالشفعة ورد بالبيع، وهذه العقود ليست بيعًا، ولا بمعنى البيع، فلا تثبت بها الشفعة.

ويناقش:

لا إشكال بأن النص في الشفعة ثبت في البيع، ونحن نعمل به، وليس في الحديث دليل على نفي الشفعة فيما سوى البيع.

الدليل الثاني:

أن هذا شقص مملوك بغير مال فلم يؤخذ بالشفعة أشبه الموهوب والميراث.

الدليل الثالث:

أن هذه الأشياء لا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها، فلم يمكن مراعاة شرط الشرع فيها: وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعًا.

ونوقش هذا:

بأنه من الممكن أخذ الشقص بقيمته، سواء زاد على مثل مهر المرأة، أو نقص، أو ساوى، ومثله يقال: إذا كان عوضه خلعًا، أو صلحًا عن دم العمد، فالشفعة في هذه الحال تكون بقيمة الشقص، ويسأل أهل الخبرة، كم يساوي هذا الشقص، ويأخذه بقيمته، والله أعلم.

القول الثاني:

فيه الشفعة، وبه قال المالكية، والشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[1].

---

(١) المدونة (٥/ ٤٤١)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٧)، وانظر معه مواهب الجليل (٥/ ٣١٧)، الخرشي (٦/ ١٦٥)، المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٧)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٤٥)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٠٧).

❑ وجه هذا القول:

أن هذا شقص مملوك بعوض فتثبت فيه الشفعة كالبيع، والعلة في مشروعية الشفعة دفع الضرر، لا نفس البيع، وهذه الأشياء متقومة بدليل العقد الصحيح والفاسد.

واختلفوا كيف يأخذ بالشفعة:

فقيل: يأخذ الشقص بقيمته، وهو مذهب المالكية.

وقيل: يأخذه بقيمة مهر مثلها؛ لأن البضع متقوم، وقيمته مهر المثل.

وبه قال الشافعي(١)، والأول أصوب.

جاء في المنتقى للباجي: «ويأخذه الشفيع بقيمة الشقص خلافًا للشافعي في قوله: يأخذه بمهر المثل، والدليل على ما نقول: إن البضع ليس بمال، فيتقدر به ثمن المبيع فيه، وليس كل مهر المثل هو الثمن، فيلزم ذلك الشفيع كأخذه من دم العمد»(٢).

وجاء في المدونة: «أرأيت إن تزوجت على شقص في دار، أو خالعت امرأتي على شقص من دار، أتكون فيه الشفعة في قول مالك؟

قال: نعم، مثل النكاح، والخلع.

قلت: فإن صالحت من دم عمد كان قد وجب علي بشقص لي في دار، أتكون فيه الشفعة في قول مالك؟

قال: نعم.

---

(١) الأم (٧/ ١٠٩).

(٢) المنتقى للباجي (٦/ ٢٠٨).

قلت: وبماذا يأخذ الشفيع في النكاح والخلع والصلح في دم العمد الشقص الذي يأخذه الشفيع؟

قال: أما في النكاح والخلع قال لي مالك: يأخذ الشفيع الشقص بقيمته.

قال: وأرى الدم العمد مثل ذلك يأخذه بقيمته»[١].

❑ الراجح:

جريان الشفعة فيما ملك بعوض غير مالي؛ لأن انتقال الملك فيه كان اختياريًا وليس قهريًا؛ ولأن دفع ضرر الشركة موجود فيها، ويأخذه بقيمته على قول المالكية، والله أعلم.



(١) المدونة (٥/ ٤٤١).

المبحث الثالث
أن يملك المشتري المشفوع فيه بغير عوض

قال الشيخ محمد بن عثيمين: **القاعدة التي تظهر لي من السنة أنه متى انتقل الملك على وجه اختياري ففيه الشفعة بأي حال من الأحوال**[١].

[م-١٠٦٨] إذا انتقل الشقص بغير عوض، فإن كان انتقاله عن طريق الإرث فلا شفعة فيه قولًا واحدًا.

جاء في التلقين: «فأما الميراث فمجمع على أن لا شفعة فيه»[٢].

وقال ابن جزي: «أن يكون الحظ المشفوع فيه قد صار للمشفوع عليه بمعاوضة كالبيع... فإن صار له بميراث فلا شفعة فيه اتفاقًا»[٣].

كما حكى الإجماع ابن رشد في بداية المجتهد[٤].

وإن انتقل الشقص عن طريق الهبة المحضة التي لم يقصد بها الثواب، ومثلها الصدقة، والوصية، فاختلف العلماء في ثبوت الشفعة فيها على قولين:

القول الأول:

لا شفعة فيها، وهذا قول الجمهور والمشهور عن الإمام مالك[٥].

---

(١) الشرح الممتع (١٠/ ٢٣٩).

(٢) التلقين (٢/ ٤٥٣).

(٣) القوانين الفقهية (ص١٨٩).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ١٩٥).

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ١١)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٠)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٧)، بداية المجتهد (٢/ ١٩٥)، الذخيرة (٧/ ٣٠٧)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٣٩)، =

□ **وجه القول بعدم ثبوت الشفعة:**

الوجه الأول:

أن الشفعة ثبتت في عقد البيع نصًا، فيلحق به ما كان في معناه، والهبة والصدقة والوصية ليست بيعًا، ولا في معنى البيع، فلا تثبت الشفعة فيها.

الوجه الثاني:

القياس على الموروث، فقد سبق لنا أن العلماء مجمعون على أن الموروث لا شفعة فيه.

قال ابن قدامة: «فأما الموهوب والموصى به فلا شفعة فيه؛ لأنه انتقل بغير بدل أشبه الموروث»[(١)].

وجاء في الفتاوى الهندية: «وأما شرطها فأنواع: منها عقد المعاوضة، وهو البيع أو ما هو بمعناه، فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع، ولا بمعنى البيع، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه ما تملك هو، فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة أو مجانًا، لا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة. ولا إلى الثاني لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلًا»[(٢)].

ونوقش:

بأن هناك فرقًا بين انتقال الملك عن طريق الهبة والصدقة والوصية، وبين

= مواهب الجليل (٥/ ٣٢٠)، الأم (٤/ ٣)، المهذب (١/ ٣٧٧)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٨)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٣٧)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤١٨)، الإنصاف (٦/ ٢٥٢)، كشاف القناع (٤/ ١٣٤).

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤١٨).

(٢) الفتاوى الهندية (٥/ ١٦٠).

انتقاله عن طريق الإرث، فالأول ينتقل الملك فيها بالاختيار، والثاني ينتقل قهرًا بلا اختيار.

جاء في التلقين: «وما يعتبر في انتقال الملك الذي تجب به الشفعة، فيه روايتان:

إحداهما: أن يكون بعوض، وذلك كالبيع والصلح، والمهر، وغير ذلك.

والأخرى أن يكون باختيار.

وفائدة الفرق يتصور في الهبة والصدقة، فأما الميراث فمجمع على أن لا شفعة فيه»[١].

وقال شيخنا ابن عثيمين يرحمه الله: «القول الراجح: أنه إذا انتقلت بغير عوض، فإن كان قهريًا فلا شفعة، وإن كان اختياريًا ففيه الشفعة»[٢].

القول الثاني:

فيها الشفعة، وهو رواية عن مالك، وحكي عن ابن أبي ليلى، ورجحه شيخنا محمد ابن عثيمين يرحمه الله[٣].

❑ وجه القول بثبوت الشفعة:

الوجه الأول:

بأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة، وهذا موجود في انتقال الملك عن طريق الهبة والصدقة، والوصية.

---

(١) التلقين (٢/ ٤٥٣).

(٢) الشرح الممتع (١٠/ ٢٣٧).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٩٥)، المغني (٥/ ١٨٢).

الوجه الثاني:

أن ثبوت الشفعة في الهبة أولى من ثبوتها في البيع، وجه ذلك: أن الضرر اللاحق بالمتهب والمتصدق عليه أقل من الضرر اللاحق للمشتري؛ لأن إقدام المشتري على شراء الشقص وبذل ماله فيه دليل على حاجته إليه، فانتزاعه منه أعظم ضررًا ممن آل إليه عن طريق الهبة والصدقة حيث لم يقم دليل الحاجة.

الوجه الثالث:

أننا نوجب على الشفيع أن يدفع قيمة المشفوع كما وجبت القيمة في المشفوع إذا كان متقومًا[١].

وهذا القول هو الأقرب، والله أعلم.



(١) انظر المغني (٥/ ١٨٢).

الفصل الخامس
أن يملك المشتري المبيع بعقد صحيح

[م-١٠٦٩] إذا ملك المشتري المبيع بعقد صحيح فلا إشكال في ثبوت الشفعة فيه، وإذا ملكه بعقد باطل فلا إشكال أيضًا في عدم ثبوت الشفعة فيه؛ لأن العقد الباطل لا يفيد الملك، ولا ينقلب إلى عقد صحيح[١].

وأما إذا ملكه المشتري بعقد فاسد فهذا هو الذي يجري فيه الخلاف بين الفقهاء.

والفاسد يختلف عن الباطل عند الحنفية والمالكية خلافًا للشافعية والحنابلة الذين يرون أن العقد الفاسد مرادف للعقد الباطل، وسبق تحرير الخلاف في التفريق بينهما في عقد البيع.

[م-١٠٧٠] فإذا باع الشريك شقصه بيعًا فاسدًا، فإن كان المبيع ما زال قائمًا فإنه يجب رده بالاتفاق.

قال ابن رشد: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت، ولم تفت بإحداث عقد فيها، أو نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق أن حكمها الرد - أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري المثمون»[٢].

وقال الكاساني: «فلا تجب الشفعة في المشترى شراء فاسدًا؛ لأن للبائع حق النقض، والرد إلى ملكه ردًا للفساد، وفي إيجاب الشفعة تقرير الفساد»[٣].

---

(١) الحاوي (٦/ ١١٠، ٩٥)، شرح منتهى (٢/ ٦٠)، الموسوعة الكويتية (١٢/ ٥٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ١٤٥).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٣).

[م-١٠٧١] وإن فات المبيع، كما لو قبضه المشتري بإذن البائع، وباعه بيعًا صحيحًا، فقد اختلف الفقهاء في أخذه بالشفعة:

وسبب الخلاف:

هل فوات المبيع يسقط حق الفسخ في البيع الفاسد، فمن قال: إن الفوات يسقط حق الفسخ، ويمضي البيع صحيحًا رأى وجوب الشفعة، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، واختيار ابن تيمية(١).

جاء في المدونة: «قلت: أرأيت البيع الفاسد، أفيه الشفعة أم لا؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا، ولكن إن كان لم يفت البيع الفاسد رد بعينه، وإن فات حتى تصير الدار على المشتري بالقيمة رأيت الشفعة للشفيع»(٢).

وقال الكاساني: «ولو باعها المشتري شراء فاسدًا بيعًا صحيحًا، فجاء الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذها بالبيع الثاني؛ لأن حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت»(٣).

ومن قال: البيع الفاسد مردود أبدًا، ولو تصرف فيه المشتري لم ير فيه حق الشفعة، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة(٤).

قال النووي: «إذا اشترى شيئًا شراء فاسدًا إما لشرط فاسد، وإما لسبب آخر،

---

(١) حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٨)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٦)، المبسوط (١٤/ ١٤٧)، المدونة (٥/ ٤٤٤)، الخرشي (٦/ ١٧٠)، الذخيرة (٧/ ٣٠٧)، مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٨٥).

(٢) المدونة (٥/ ٤١٧).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٣).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٤٠٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٠).

ثم قبضه لم يملكه بالقبض، ولا ينفذ تصرفه فيه، ويلزمه رده، وعليه مؤنة رده كالمغصوب، ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن»(١).

وقال ابن قدامة: «وكل موضع فسد العقد لم يحصل به ملك، وإن قبض؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد، فأشبه ما لو كان الثمن ميتة، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه، وعليه رده بنمائه المنفصل والمتصل، وأجرة مثله مدة مقامه في يده، ويضمنه إن تلف أو نقص بما يضمن به المغصوب؛ لأنه ملك غيره حصل في يده بغير إذن الشرع، أشبه المغصوب»(٢).

وإذا لم يستفد من العقد الملك لم تثبت الشفعة؛ لأن الشفعة فرع عن انتقال الملك من الشريك إلى أجنبي، والله أعلم.



(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٠٨).

(٢) الكافي (٢/ ٤٠).



الفصل السادس
إذا تغير المبيع في يد المشتري

المبحث الأول
إذا تغير بزيادة

الفرع الأول
إذا تغير بزيادة لا تدوم كالزراعة

[م-١٠٧٢] إذا أخذ الشفيع الأرض من المشتري وفيها زرع للمشتري فهو محترم؛ لأن المشتري زرعه في ملكه، أشبه ما لو قام الشفيع بشراء الأرض، وفيها زرع، ولا يجبر المشتري على قلعه؛ لأنه لا يدوم، فضرره لا يبقى، ولأن المشتري زرع في ملكه، وما كان يتيقن بأن الشفيع يطلب الشفعة قبل إدراك زرعه، فلا يكون متعديًا فيما صنع، ولأن لإدراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وإن تأخر قليلًا، وإذا قلع الشفيع زرع المشتري تضرر بإبطال ملكه وضرر التأخير أخف من ضرر الإبطال، وهذا قول عامة العلماء، وحكي إجماعًا.

وقال الحنفية بهذا القول استحسانًا، وكان القياس أن يقلع الزرع؛ لأنه زرع في أرض غيره، فهو أحق بها منه، ولأن المشتري كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه[1].

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٣٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩)، روضة الطالبين (٥/ ٩٥)، المغني (٥/ ١٩٩)، القواعد لابن رجب (ص١٥٥).

قال الكاساني: «وأجمعوا على أن المشتري لو زرع في الأرض، ثم حضر الشفيع أنه لا يجبر المشتري على قلعه ولكنه ينتظر إدراك الزرع، ثم يقضى له بالشفعة، فيأخذ الأرض بجميع الثمن»[١].

* * *

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩)، البحر الرائق (٨/ ١٥٥).

الفرع الثاني
في استحقاق الشفيع الأجرة مقابل بقاء الزرع

[م-١٠٧٣] إذا كان المشتري يستحق إبقاء الزرع إلى الحصاد، فهل يستحق الشفيع أجرة المثل على المشتري، اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

له الأجرة من حين أخذه، وهذا مذهب الحنفية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة(١).

القول الثاني:

لا يستحق شيئًا، وهو مذهب الشافعية، وأصح الوجهين في مذهب الحنابلة(٢).

جاء في الإنصاف: «وإن أخذه الشفيع، وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة، فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد والجداد، يعني بلا أجرة، وهذا المذهب، قال المجد في شرح الهداية: هذا أصح الوجهين لأصحابنا»(٣).

القول الثالث:

إن أخذ الشفيع بشفعته في موسم زراعة الأرض فيلزم المشتري أن يدفع

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٥٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٣)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٣)، الإنصاف (٦/ ٢٩١).

(٢) أسنى المطالب (٢/ ٣٧٢)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٤)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٩)، حواشي الشرواني (٦/ ٧٣)، المغني (٥/ ١٩٩)، الإنصاف (٦/ ٢٩١).

(٣) الإنصاف (٦/ ٢٩١).

الأجرة للشفيع، وإن أخذ في غير موسم زراعة الأرض فلا أجرة له، وهذا مذهب المالكية[١].

جاء في الذخيرة: «في الكتاب إن زرع المشتري الأرض أخذها الشفيع والزرع للزارع. . . ولا كراء للمستحق في الزرع إلا أن يكون في إبان الزراعة فله كراء المثل»[٢].

ولعل وجه هذا القول: أن الشفيع إذا أخذ بالشفعة وقت الزراعة أمكنه أن يزرع الأرض، فإذا منعه زرع المشتري استحق الأجرة، وأما إذا أخذ الشفعة في غير وقت الزراعة فلم يفوت المشتري على الشفيع شيئًا، فلم يستحق أجرة الأرض، والله أعلم.

□ الراجح:

هل يقاس بقاء الزرع في الأرض على بيع النخل، وعليه ثمرة مؤبرة فإن الثمرة للبائع، ويستحق بمقتضى العقد أن تبقى إلى أن تطيب بلا أجرة، فيقال: إذا أخذت بالشفعة، والأرض فيها زرع فإن الزرع يبقى إلى الحصاد قياسًا على ذلك.

أو يقال: إن المشتري كونه زرع الأرض في ملك تعلق به حق للغير من غير إذن من صاحب الحق، وقبل أن يقف على رغبة الشريك في الشفعة يجعل بقاء الزرع في الأرض ليس مستحقًا بلا مقابل؛ لأن استعمال مال الغير الأصل فيه أنه بعوض، فيستحق الشفيع أجرة المثل، المسألة محتملة عندي، وإن كنت أميل إلى القول بأخذ أجرة المثل، والله أعلم.

---

(١) الذخيرة (٧/ ٣٦٢)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٤٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٩٧)، الخرشي (٦/ ١٨١، ١٨٢).

(٢) الذخيرة (٧/ ٣٦٢).

الفرع الثالث
إذا تغير بزيادة تدوم كالبناء والغراس

[م-١٠٧٤] إذا أحدث المشتري في الشقص بناء أو غرسًا، ثم طلب الشفيع الشفعة، فما حكم البناء والغرس؟

هذه المسألة مفروضة على أن المشتري لم يتعد بالبناء والغرس؛ لأنه لا يحق للشريك أن يبني أو يغرس قبل القسمة، وإذا بنى أو غرس فهو متعد، وبعد القسمة لا يكون فيه مجال للشفعة؛ لأنه جار وليس بشريك، إلا أن هناك صورًا قد تصح فيها القسمة ويبقى حق الشفعة:

منها: أن يخبر كاذب بأن الأرض ملكت عن طريق الهبة، أو يخبر بثمن فيبالغ فيه، فيتنازل الشفيع عن شفعته، ويكون المخبر غير المشتري؛ لأن كذب المشتري في دعوى الثمن يصيره متعديًا، فيقاسم، ثم يتبين خلاف ذلك.

ومنها أن يشتري الأرض كلها فيعمر فيها، وهو يعتقد أنها له، ثم يتبين أن رجلًا يستحق شقصًا منها، ويريد أن يأخذ الباقي بالشفعة[1].

---

(١) قال في حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٥٥): «كيف يمكن إحداث بناء في مشاع مع ثبوت الشفعة والحكم بقيمة البناء قائمًا؟ لأن الشفيع إما أن يكون حاضرًا ساكتًا عالمًا، فقد أسقط شفعته، أو غائبًا فالباني متعد في بنائه، فليس له إلا قيمة بنائه منقوضًا.
فمن الأجوبة:
أن الأمر محمول على أن الشفيع كان غائبًا، والعقار لشركائه، فباع أحدهم حصته لشخص أجنبي، وترك الحاضرون الأخذ بالشفعة، وطلبوا المقاسمة مع المشتري، فقاسم وكيل الغائب الغير المفوض عنه، أو القاضي بعد الاستقصاء وضرب الأجل، وذلك لا يسقط شفعة الغائب، فهدم المشتري وبنى، ثم قدم الغائب فله الأخذ بالشفعة، ويدفع قيمة بناء المشتري قائمًا؛ لأنه غير متعد.
=

فالخلاف في المسألة مفروض فيما إذا كان المشتري لم يتعد حين بنى أو غرس، فما العمل مع المشتري حينئذ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يجبر المشتري على قلع البناء والغرس، وتسليم الساحة إلى الشفيع، إلا إذا كان في القلع نقصان للأرض فللشفيع الخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعًا، وإن شاء أجبر المشتري على القلع.

هذا مذهب الحنفية[1].

❑ وجه قول الحنفية بأن المشتري يجبر على قلعه:

الوجه الأول:

أن حق الشفيع كان متعلقًا بالأرض قبل البناء والغرس، وحقه آكد من حق المشتري، فلم يبطل بالبناء والغرس، فإذا أخذ بالشفعة كان المشتري ملزمًا بتسليمه ملكه، ولا يمكن تسليمه إلا بالقلع فيؤمر بالقلع كالغاصب.

= ومنها: أن يترك الشفيع شفعته لإخبار من أخبره بكثرة الثمن، فلما هدم المشتري وبنى تبين الكذب في الثمن، فإنه يستمر على شفعته، ويدفع للمشتري قيمة البناء قائمًا، والموضوع أن المخبر بكثرة الثمن غير المشتري، وإلا قيمة البناء منقوضًا...

ومنها أن المشتري اشترى الدار كلها، فهدم، وبنى، ثم استحق شخص نصفها مثلًا، وأخذ النصف الآخر بالشفعة، فإنه يدفع للمشتري قيمة بنائه قائمًا».

وانظر المنتقى للباجي (٦/ ٢١٢، ٢١٣)، التاج والإكليل (٥/ ٣٣١)، الشرح الكبير (٣/ ٤٩٤)، روضة الطالبين (٥/ ٩٤)، المغني (٥/ ١٩٨).

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٩)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٠)، البحر الرائق (٨/ ١٥٤)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٣)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٣)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٧٩).

ولأن المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق، فينقض.

ونوقش هذا:

بأن المشتري بنى في ملكه، بدليل أن النماء المنفصل له قبل الأخذ بالشفعة، فلا يقلع مجانًا، فهناك فرق بين الغاصب المتعدي، وبين المشتري، والله أعلم.

الوجه الثاني:

أن تصرف المشتري فيه إضرار بالشفيع فيكون باطلًا؛ لأن في إلزام الشفيع بأخذ ما أحدثه المشتري بالقيمة فيه ضرر كزيادة القيمة، وإذا كان تصرف المشتري في البيع والهبة والوقف ينقض بالشفعة فكذلك ينقض ما يحدثه في العين من بناء وغرس بها.

ويجاب:

بأن دفع الضرر عن الشفيع ليس بأولى من دفع الضرر عن المشتري، خاصة أنه تصرف في وقت كان المشفوع فيه ملكًا له، والقاعدة الفقهية تقول: لا ضرر ولا ضرار، فلا يمنع الشفيع من الشفعة بسبب البناء والغرس، ولا يقلع الغرس والبناء مجانًا، بل يأخذ الشفيع البناء والغرس بقيمته، وهذا هو العدل، فما دفعه الشفيع لا يأخذه بلا مقابل، أو يقلعه المشتري ويجبر ضرره، والله أعلم.

القول الثاني:

للمشتري الحق في أخذ ما أحدثه من بناء وغراس، ولا يحق للشفيع منعه؛ لأنه ماله: وإن تركه المشتري كان الشفيع مخيرًا بين ثلاثة أشياء:

إما أن يترك الشفعة، وإما أن يأخذ البناء والغرس بقيمته، وإما أن يقلعه ويضمن للمشتري ما نقص بسبب القلع. هذا مذهب الشافعية والحنابلة(١).

وذهب المالكية أنه مخير بين أمرين فقط: إما أن يأخذ بالشفعة ويغرم قيمة البناء والغرس، وإما أن يترك الشفعة، وبه قال أبو يوسف من الحنفية(٢).

❑ دليل من قال بالتخيير:

(ح-٦٥٤) ما رواه الدارقطني من طريق عثمان بن محمد بن عثمان ابن ربيعة، حدثنا عبد العزيز بن محمد، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: **لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شق الله عليه.**

[المعروف من حديث أبي سعيد أنه مرسل، وهو حسن بشواهده](٣).

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٩٥)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٢)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٤).

وقال ابن قدامة في المغني (٥/ ١٩٨): «إن لم يختر المشتري القلع، فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة، وبين دفع قيمة الغراس والبناء، فيملكه مع الأرض، وبين قلع الغراس والبناء، ويضمن له ما نقص بالقلع، وبهذا قال الشعبي، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، ومالك، والليث، والشافعي، والبتي، وسوار، وإسحاق».

وانظر مطالب أولي النهى (٤/ ١٣٣)، كشاف القناع (٤/ ١٥٧).

(٢) المدونة (٥/ ٤٢٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٩٩)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١٢، ٢١٣)، التاج والإكليل (٥/ ٣٣١)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٥٥)، الشرح الكبير (٣/ ٤٩٤)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٩)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٠)، البحر الرائق (٨/ ١٥٤، ١٥٥).

(٣) سنن الدارقطني (٣/ ٧٧)، وسبق تخريجه، والحمد لله، انظر (ح٢٤٣).

❑ **وجه الاستدلال بالحديث:**

أن الضرر لا يمكن أن يزول عن المشتري والشفيع على حد سواء إلا على القول بالتخيير.

الدليل الثاني:

إذا كان الشفيع لم يكن متعديًا في فعله كان ماله محترمًا، واحترام المال يعني إعطاء المشتري عين ماله إن أحب أن يأخذ ما بناه أو غرسه، وإن تركه كان الشفيع مخيرًا بين أخذه بقيمته، وبين قلعه وضمان ما يصيبه من نقص للمشتري، وبين ترك الشفعة.

❑ **الراجح:**

أرى أن قول الجمهور أقوى من مذهب الحنفية، وهو يحفظ حق الشفيع وحق المشتري في آن واحد، والله أعلم.





المبحث الثاني
إذا تغير المبيع بنقص

الفرع الأول
إذا كان النقص بآفة سماوية

[م-١٠٧٥] إذا حدث في المبيع نقص، وكان هذا النقص بفعل قاهر كتلف بعض المبيع بآفة سماوية، فقد اختلف العلماء في ذلك إلى أقوال هي:

القول الأول:

يلزم الشفيع بأخذ ما تبقى من العين بكل الثمن أو يترك الشفعة، من غير فرق بين أن يكون التلف في الأصل أو التابع، وهذا مذهب المالكية، واختاره أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة(١).

❑ وجه هذا القول:

أن في إسقاط ما تلف من العين بآفة سماوية يلحق الضرر بالمشتري بما لا صنع له فيه، كما لو أخذ البعض مع بقاء البعض الآخر.

ويناقش:

بأن العين لم تكن أمانة في يده حتى لا يضمن ما تلف فيها، فإذا كان الضمان على المشتري كان عليه قيمة ما تلف في يده، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن

(١) المدونة (٥/ ٤١٢)، التاج والإكليل (٥/ ٣٣١)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٩)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٦٥٤)، الإنصاف (٦/ ٢٨٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣١).

إلزام الشفيع بأن يأخذ بعض المبيع بجميع الثمن فيه إضرار بالشفيع أيضًا، والعدل أن يؤخذ المبيع بحصته من الثمن، فلا إضرار بالشفيع ولا إضرار بالمشتري.

القول الثاني:

للشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن مطلقًا من غير فرق بين تلف الأصل أو التابع، وهذا مذهب الحنابلة[١].

قال ابن قدامة: «إن أراد الشفيع بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء كان التلف بفعل الله تعالى، أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه للبناء، أو بغير اختياره... هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم»[٢].

❑ وجه هذا القول:

أن المبيع لما تعذر أخذه كله بسبب التلف، وقدر الشفيع على أخذ بعضه بالحصة كان له ذلك، كما لو تلف بفعل آدمي، وكما لو كان هناك شفيع آخر.

القول الثالث:

قالوا: إن كان التلف يعود إلى تابع من غراس أو بناء فإن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بجميع الثمن أو يترك، وأما إذا كان التلف يعود إلى الأصل، كما لو غرق نصف الأرض مثلًا، فإن الشفيع يأخذ الباقي بحصته من الثمن.

وهذا مذهب الحنفية[٣].

---

(١) المغني (٥/ ٢٠٠)، الإنصاف (٦/ ٢٨٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣١).

(٢) المغني (٥/ ٢٠٠).

(٣) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٣)، المبسوط للسرخسي (١٤/ ١١٢)، البحر الرائق (٨/ ١٥٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٤)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥١)، روضة الطالبين (٥/ ٨٩). =

❑ وجه هذا القول:

بأن التابع يدخل في المبيع من غير تسمية، فإذا هلك بآفة سماوية لم يكن له حصة من الثمن بخلاف التلف في غير التابع، ولهذا يجوز في هذه الصورة بيعه مرابحة بكل الثمن.

وأما مذهب الشافعي، فله قولان في المسألة:

أحدهما: يأخذه بجميع الثمن كمذهب المالكية، وهذا هو القول الجديد للشافعي.

والثاني: يأخذه بحصته من الثمن كمذهب الحنابلة، وهو القول القديم للشافعي(١).

واختلف أصحاب الشافعي في تفسير القولين:

فمنهم من حكى في المسألة قولين مطلقًا، قال الشيرازي: وهو الصحيح.

ومنهم من قال: يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولًا واحدًا، وغلط من حكى القول الآخر، وأنه لا يوجد نص من الشافعي في القول بأنه يأخذ المبيع بجميع الثمن.

وهذا مذهب ابن سريج وأبي إسحاق المروزي.

= واختلف الحنفية فيما إذا انهدم التابع، وبقي شيء من النقض، أو شيء من الشجر كحطب، أو خشب، وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعًا للأرض، فهل يسقط بعض الثمن بحصة ذلك؛ لأنه عين مال قائم بقي محتسبًا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن، اختاره كثير من الحنفية. أو لا يسقط شيء من الثمن ولو بقي بعض النقض باعتباره تابعًا، والأتباع لا حصة لها من الثمن، وهذا اختيار القدوري، والكاساني.
انظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٨).

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٥)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٧٨).

ومنهم من حمل كل قول على حال:

فقال بعضهم: إن كانت العرصة باقية أخذ بالجميع؛ لأن العرصة هي الأصل، وهي باقية، فإن ذهب بعض العرصة أخذ بالحصة لأنه تلف بعض الأصل، فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين كمذهب الحنفية، وقد تقدم[١].

ومنهم من قال: إن حصل التلف، ولم يذهب من الأجزاء شيء أخذ بالجميع؛ لأن الذي يقابله بالثمن أجزاء العين، وهي باقية، فإن تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة؛ لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن، فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين في المذهب على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كان التلف بآفة سماوية أخذه بحصته من الثمن، وإن كان الهدم بفعل آدمي أخذه بجميع الثمن لإمكان الرجوع على الهادم بأرش النقص. وهذا ملخص الأقوال في مذهب الشافعية[٢].

وبناء عليه فمذهب الشافعية لا يخرج عن الأقوال الثلاثة السابقة:

فقيل: يأخذه الشفيع بجميع الثمن مطلقًا.

وقيل: يأخذه بحصته من الثمن مطلقًا.

أو التفريق بين أن يكون التلف في الأصل (الأرض) أو يكون التلف في التابع من بناء وغراس.

---

(١) المهذب للشيرازي (١/ ٣٧٨).

(٢) المهذب (١/ ٣٧٨)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٦٦)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٥٣)، روضة الطالبين (٥/ ٨٩).

أو التفريق بين أن يكون التلف يذهب بجزء من العين، أو لا يذهب كما لو انشق الجدار، والجدار باق، هذا ملخص الأقوال.

❑ الراجح:

الذي أميل إليه هو القول بأن الشفيع يأخذ المبيع بحصته من الثمن، ولا يتحمل تلف ما حصل في يد غيره من غير فعله، والله أعلم.





الفرع الثاني
إذا كان النقص بفعل آدمي

[م-١٠٧٦] إذا كان تلف بعض المبيع بفعل آدمي، فهل يأخذه الشفيع بحصته من الثمن، أو يأخذه بجميع الثمن؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يأخذ الشفيع ما تبقى بحصته من الثمن، وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة، واختاره بعض الشافعية[(١)].

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول: ما هدمه المشتري بيده ليس له الحق في أخذ قيمته لسببين:

السبب الأول: أن البناء في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة، وإنما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالأرض، فإذا أزال ذلك لم يستحق قيمته.

السبب الثاني: أن ما أتلفه في يده فهو من ضمانه، فإذا أراد الشفيع أخذ الباقي أخذه بحصته من الثمن.

الوجه الثاني:

أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له الأخذ بالحصة من الثمن.

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٣، ٣٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨، ٣٢)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥١)، المغني (٥/ ٢٠٠)، الإنصاف (٦/ ٢٨٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٣١)، المهذب (١/ ٣٧٨).

الوجه الثالث:

أنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر بأخذه بحصته من الثمن.

القول الثاني:

يأخذ الشفيع ما تبقى بجميع الثمن أو يترك الشفعة بشرط أن يكون ما أتلفه المشتري من المبيع راجع لمصلحته[١].

❑ وجه هذا القول:

أن المشتري قد تصرف في ملكه بما يجوز له، فلم يكن عليه ضمان لسلامته من التعدي[٢].

❑ القول الراجح:

أن الشفيع يأخذه بحصته من الثمن، فما فات من المبيع لا يلزم الشفيع أن يدفع ثمنه، والله أعلم.



(١) التاج والإكليل (٥/ ٣٣١)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٩)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٦٥٤).

(٢) المنتقى للباجي (٦/ ٢١٩، ٢٢٠).

الفصل السابع
إذا انتقل المبيع من يد المشتري

المبحث الأول
إذا انتقل بما تستحق به الشفعة كالبيع ونحوه

[م-١٠٧٧] إذا باع المشتري المبيع، فإن كان تصرفه هذا بعد مطالبة الشفيع له بالشفعة، فإن تصرفه يعتبر باطلًا؛ لأنه يعتبر متعديًا على حق الغير.

قال ابن مفلح: «وتصرف مشتر بعد طلب الشقص منه باطل مطلقًا، ويصح قبله»(١).

وإن كان تصرف المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة، ففيه قولان:

القول الأول:

أن تصرفه يعتبر تصرفًا صحيحًا؛ لأنه تصرف في ملكه، فإذا طالب الشفيع بالشفعة كان له الخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول الذي استحق بموجبه الشفعة، وإن شاء أمضى تصرف المشتري الأول، وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني؛ لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة. وهذا قول عامة الفقهاء، وحكي إجماعًا(٢).

---

(١) الفروع (٤/ ٥٥٠).

(٢) المبسوط (١٤/ ١٠٨)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٨١)، المدونة (٥/ ٤١٠)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٣، ٣٥٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٤٧)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣٣٨)، روضة الطالبين (٥/ ٨٨)، المغني (٥/ ١٩٢).

قال ابن قدامة في المغني: «ولا نعلم في هذا خلافًا»[١].

القول الثاني:

تصرفه يعتبر باطلًا، وهو وجه في مذهب الحنابلة.

قال ابن رجب: «لو باع المشتري الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأن ملكه غير تام، وهو ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه.

الثاني: أن البيع صحيح، وهو قول الخرقي، والمشهور من المذهب؛ لأن أخذ الشفيع من المشتري الثاني ممكن، فإن اختار ذلك فعل، وإلا فسخ البيع الثاني، وأخذ من الأول لسبق حقه عليه»[٢].

❑ الراجح:

أن تصرفه صحيح، والشفيع بالخيار إن شاء أخذه بالبيع الأول، وإن شاء أخذه بالبيع الثاني، والله أعلم.

---

(١) المغني (٥/ ١٩٣).

(٢) قواعد ابن رجب (ص٣٣).

المبحث الثاني
إذا انتقل بما لا تستحق به الشفعة كالوقف

[م-١٠٧٨] إذا تصرف المشتري بالمبيع بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة بلا عوض، فهل يبطل بذلك حق الشفيع؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

للشفيع إبطال تصرف المشتري، والأخذ بالشفعة، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية[1].

جاء في بدائع الصنائع:

«ولو جعل المشتري الدار مسجدًا، أو مقبرة، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة، وينقض ما صنع المشتري»[2].

وجاء في مجمع الأنهر: «وله أن ينقض المسجد، وينبش الموتى»[3].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الفتاوى الهندية (٥/ ١٨١)، الدر المختار (٦/ ٢٣٣)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٢)، العناية شرح الهداية (٩/ ٣٩٩).
وفي مذهب المالكية: التهذيب في اختصار المدونة للبراذعي (٤/ ١٣٧)، المدونة (٥/ ٤١٠، ٤١١)، الفواكه الدواني (٢/ ١٥٣)، التاج والإكليل (٥/ ٣٢٦)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٧)، منح الجليل (٧/ ٢٢٢).
وفي مذهب الشافعية: المهذب (١/ ٣٨٢)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٦٦، ٤٦٧)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٣)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٠)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٢).

(٣) مجمع الأنهر (٢/ ٤٧٩)، وانظر المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٥٣٥).

وقال الغزالي: «أما تصرفات المشتري بالوقف والهبة والوصية فكلها منقوضة»[١].

❑ وجه هذا القول:

أن للشفيع نقض تصرف المشتري؛ لأن حقه سابق على تصرف المشتري، وثابت بأصل العقد، فلا يتمكن المشتري من إبطاله، فيكون تصرف المشتري في ملك تعلق به حق للغير، فلا ينفذ.

ولأن القاعدة تقول: إذا تزاحمت الحقوق أخذ بالأسبق، وحق الشفيع سابق على حق المشتري.

القول الثاني:

إذا أوقف المشتري أو وهب سقط حق الشفيع، وهذا هو المذهب عند الحنابلة.

وفي وجه عند الشافعية: تصرفات المشتري تبطل حق الشفيع مطلقًا.

وفي وجه آخر عندهم: لا ينقض الوقف، وينقض ما سواه[٢].

❑ وجه هذا القول:

أن أخذ الشفيع بالشفعة بعد أن أوقفه المشتري، أو وهبه، أو تصدق به فيه إضرار بالموقوف عليه، والموهوب له، والمتصدق عليه؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري، والضرر لا يزال بالضرر.

---

(١) الوسيط (٤/ ٩١).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٣)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٢٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٩)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٦٨)، روضة الطالبين (٥/ ٩٦).

ولأن المشتري إذا تصرف فيما اشتراه تصرفًا ينقل الملك على وجه لا تثبت فيه الشفعة ابتداء كالوقف والهبة والصدقة فإن الشفعة تسقط.

ويناقش:

بأن الثمن في الموهوب له، والمتصدق عليه يرجع إليهما لا إلى المشتري؛ لأن المشتري لما وهبه أو تصدق به، وهو يعلم أن فيه حق الشفعة للشفيع علم أنه قصد بذلك إعطاءه العين إن لم يأخذ بالشفعة، أو الثمن إن أخذ الشفيع بها، وكذلك يقال بالوقف، بأن يشترى بثمنه بدله.

وأما الجواب عن القاعدة: بأن المشتري قد تصرف في المبيع تصرفًا لا تثبت فيه الشفعة ابتداء فسقطت الشفعة، هذه القاعدة تسلم لو كان حق الشفيع مستفادًا من تصرف المشتري، فيقال: إن كان تصرف المشتري يستفاد منه الشفعة ثبت حقه وإلا سقط، وأما إذا كان حق الشفيع مستفادًا من تصرف الشريك البائع كان حق الشفيع سابقًا لتصرف المشتري، ومستفادًا من غير جهته، فلا يبطلها تصرفه، والله أعلم.

❑ الراجح:

بعد استعراض الأدلة أجد أن قول الجمهور أقوى لقوة مأخذه، والله أعلم.

❁ ❁ ❁



المبحث الثالث
إذا انتقل المبيع من يد المشتري بالإقالة

[م-١٠٧٩] إذا باع الشريك شقصه على رجل، ثم تقايلا البيع، فإن كان ذلك بعد أن تنازل الشفيع عن شفعته، فلا شفعة بالإقالة؛ لأنه لما تنازل عن حقه سقط، والإقالة وحدها لا توجب الشفعة؛ لأنها فسخ للعقد، وليست بيعًا(١).

وخالف في ذلك أبو حنيفة، فقال: يتجدد للشفيع الشفعة وإن كان قد عفا عنها؛ لأن الإقالة عنده فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق شخص ثالث(٢)، والشفيع شخص ثالث، فالإقالة بالنظر إليه بيع جديد، أي يعتبر البائع مشتريًا للعقار من المشتري بالنسبة للشفيع، فتثبت الشفعة للشفيع بالإقالة(٣).

وهذا قول في مذهب الشافعية، جاء في الشرح الكبير للرافعي: «فإن كان الشفيع قد عفا فتجدد الشفعة ينبني على أن الإقالة فسخ أم بيع. إن قلنا: بيع، تجدد وأخذه من البائع، وإن قلنا: فسخ لم يتجدد»(٤).

والصواب القول الأول؛ لأن الإقالة فسخ، وحق الشفيع قد تنازل عنه فلم يتجدد له ما يقضى له بالشفعة.

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٣)، الإنصاف للمرداوي (٦/ ٢٨٨).

(٢) البحر الرائق (٦/ ١١٠، ١١١)، الجامع الصغير (ص٣٦٤)، المبسوط (١٤/ ٦٦)، (٢٥/ ١٦٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٤، ٥٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٠)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١١).

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ١٧٤)، البحر الرائق (٦/ ١١٢)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٩٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٨)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٢).

(٤) فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٢٧).

[م-١٠٨٠] وإن كان الشفيع لم يتنازل عن الشفعة، فهل يسقط حق الشفيع بالإقالة؟ أو له أن يشفع باعتبار أن حقه ثبت بعقد البيع قبل الإقالة، فلا تسقطه الإقالة سواء فسرنا الإقالة بأنها فسخ، أو على أنها بيع مستأنف[(١)].

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الإقالة لا تبطل حق الشفعة، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة[(٢)].

وحكى ابن رشد الإجماع على أن الإقالة لا تبطل الشفعة[(٣)]، وفيه نظر.

وعلل الحنفية بأن الإقالة وإن كانت فسخًا في حق العاقدين فهي بيع في حق شخص ثالث، والشفيع شخص ثالث، فكان مقتضى هذا أن له الأخذ بأي بيع شاء.

وهو أحد القولين في مذهب الشافعية.

---

(١) سبق لي في عقد البيع ولله الحمد دراسة أحكام الإقالة في باب مستقل، وتكلمنا عن التوصيف الفقهي للإقالة هل هي بيع أو فسخ، ورجحت أنها فسخ إن كانت بمثل الثمن، وبيع إن كانت بثمن مختلف عن ثمن البيع، أو بأقل أو بأكثر، فانظر البحث هناك غير مأمور.

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٢٧)، و(٦/ ٢٣٨، ٢٣٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١١)، المدونة (٥/ ٤١١)، التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ١٣٨)، الاستذكار (٢١/ ٢٨٧)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١٤)، المعونة (٢/ ١٢٧٧)، التفريع لابن الجلاب (٢/ ٣٠٢)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٣)، المهذب (١/ ٣٨٢)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٦)، الإنصاف (٦/ ٢٨٧)، المغني (٥/ ١٩٣)، المحرر (١/ ٣٦٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٩).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٩٨).

جاء في فتح العزيز: «وإن جرت الإقالة قبل علم الشفيع، فإن جعلنا الإقالة بيعًا فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه. وإن جعلناها فسخًا فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب»[١].

وعلل الجمهور بأن حق الشفيع سابق للإقالة، فليس للعاقدين التصرف في إبطال حق الشفيع، وقد يتهم العاقدان بمحاولة إبطال حق الشفيع بالإقالة.

وهذا التعليل هو الصواب، والله أعلم.

القول الثاني:

الإقالة تبطل الشفعة، وهو رواية عن الإمام أحمد، وقول زفر من الحنفية[٢].

لأن حقيقة الإقالة ترد العاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل العقد، فلا يقوم حق للشفيع.

القول الثالث:

إنْ استقاله قبل المطالبة بها لم تكن له شفعة. وهو قول في مذهب الحنابلة[٣].

وجه هذا القول:

لعله رأى أنه إذا لم يطالب بها لم يثبت حق الشفيع بالشفعة، فإذا تقايلا قبل المطالبة لم يكن حق الشفيع سابقًا لها، والله أعلم.

---

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٢٧، ٤٢٨).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٦)، الإنصاف (٦/ ٢٨٨)، وحمله القاضي من الحنابلة على أن الشفيع عفا، ولم يطالب بالشافعة، وتبعه ابن عقيل.

(٣) المبدع (٥/ ٢١٩).

❑ **الراجح:**

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول بأن الإقالة لا تسقط حق الشفيع هو الأقوى، والله أعلم.



المبحث الرابع
إذا رد المشتري المبيع بسبب العيب

[م-١٠٨١] إذا اشترى الرجل شركًا في عقار، ثم أراد المشتري رد المبيع بسبب وجود عيب فيه، فهل للشفيع أن يأخذ المبيع، ويبطل الرد؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن رد المشتري المعيب بقضاء قاضٍ فلا شفعة للشفيع؛ لأنه فسخ من كل وجه، وإن رده بعد القبض بغير قضاء فللشفيع الشفعة.

وهذا مذهب الحنفية[1].

❑ وجه ذلك:

أن الرد بالعيب إذا كان بغير قضاء وإنما بتراضيهما فإنه فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق ثالث، لوجود حد البيع: وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء.

القول الثاني:

يحق للشفيع إبطال الرد، وأخذه بالشفعة مطلقًا، وهذا قول ابن القاسم من المالكية، وأظهر القولين عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة[2].

---

(١) العناية شرح الهداية (٩/ ٤١١)، المبسوط (١٤/ ١٢٤، ١٢٥)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٨٤)، فتح القدير (٩/ ٤١١)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١١).

(٢) المنتقى للباجي (٦/ ٢١٨)، المهذب (١/ ٣٨٢)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٠)، تحفة =

قال في الحاوي: «لو حضر الشفيع وقد رده المشتري بالعيب كان للشفيع إبطال رده، واسترجاع الشقص من بائعه؛ لأن الرد بالعيب قطع للعقد، وليس برافع للأصل، فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع، كما لو باعه المشتري وأراد الشفيع إبطال بيعه كان له ليتوصل إلى شفعته»[(١)].

❑ **وجه القول بثبوت الشفعة:**

أن حق الشفيع ثبت بالعقد، وهو سابق على الرد بالعيب، فلا يبطله.

القول الثالث:

تسقط الشفعة مع الرد بالعيب، اختاره أشهب من المالكية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة[(٢)].

❑ **وجه القول بسقوط الشفعة:**

أن الرد بالعيب نقض للعقد من أصله، فيسقط حق الشفيع بالأخذ.

❑ **الراجح:**

أن الرد بالعيب لا يسقط حق الشفيع من الأخذ بالشفعة، والله أعلم.



= المحتاج (٦/ ٦١)، روضة الطالبين (٥/ ٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٩)، المغني (٥/ ١٨٣)، الإنصاف (٦/ ٢٨٨)، كشاف القناع (٤/ ١٥٣).

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٨٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٧٥)، الوسيط للغزالي (٤/ ٧٥)، الإنصاف (٦/ ٢٨٨).

الباب الخامس
في مسقطات الشفعة

الفصل الأول
في تنازل الشفيع عن الشفعة

المبحث الأول
في تنازل الشفيع قبل البيع

[م-١٠٨٢] إذا تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع، فهل يسقط ذلك شفعته؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

ليس ذلك مما يقطع شفعته، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة[1].

جاء في المبسوط: «ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلًا؛ لأن

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٠٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٨٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٧٨١)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤١٣)، المدونة (٥/ ٤٤٦)، منح الجليل (٧/ ٢٢١)، فتح العلي المالك (١/ ٣٠٦)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٦٣)، تحفة المحتاج (٦/ ٧٨)، روضة الطالبين (٥/ ١١٣)، المغني (٥/ ٢١٨)، كشاف القناع (٤/ ١٤٥)، المقنع (٢/ ٢٦٢)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٦/ ٢٩٦٤).

وجوب حقه بالشراء، والإسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغوًا كالإبراء عن الثمن قبل البيع»[١].

وجاء في المدونة: «أرأيت إن قال رجل: يا فلان اشتر هذا النصف من هذه الدار، فقد سلمت لك شفعتي، وأشهد له بذلك، فاشتراها ثم طلب شفعته، وقد كان سلمها له قبل الاشتراء؟

قال: قال مالك: له أن يأخذ بالشفعة، وليس تسليمه - وإن أشهد على ذلك قبل الاشتراء - بشيء، وليس ذلك مما يقطع شفعته»[٢].

وقال ابن قدامة: «وإن أذن الشريك بالبيع، ثم طلب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك»[٣].

❑ وجه من قال بعدم سقوط الشفعة:

أن إسقاط الشفعة قبل البيع هو من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، وذلك لا يصح.

القول الثاني:

إذا تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع سقطت شفعته، وهو قول إسحاق ابن راهويه، ورواية عن الإمام أحمد، وبه قال الحكم والثوري وأبو عبيد، وأبو خيثمة، وطائفة من أهل الحديث، ورجحه ابن تيمية وابن القيم[٤].

---

(١) المبسوط (١٤/ ١٠٥).

(٢) المدونة (٥/ ٤٤٦).

(٣) المغني (٥/ ٢١٨).

(٤) مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية إسحاق بن منصور (٦/ ٢٩٦٥)، عمدة القارئ (١٢/ ٧٣)، شرح السنة للبغوي (٨/ ٢٤٦)، شرح النووي على صحيح =

❑ دليل من قال: بصحة الإسقاط:

(ح-٦٥٥) ما رواه مسلم من طريق ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به[(١)].

وجه الاستدلال:

قوله ﷺ: (فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به) مفهومه أنه إن باعه وقد آذنه فلا حق له. قال الزركشي: وهذا ظاهر[(٢)].

وأجيب:

بأن الحديث محمول على الندب إلى إعلام الشريك، وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه، وليس فيه تعرض لإسقاط الشفعة بعد العرض[(٣)].

وقد فهم ابن حزم من الحديث وجوب إعلام الشريك مع القدرة عليه[(٤)].

وقال ابن القيم في بدائع الفوائد: «حرم النبي ﷺ على الشريك البيع قبل استئذان شريكه»[(٥)].

وذهب جمهور العلماء على أن في الحديث قرينة على أن المراد بقوله: (لا

= مسلم (١١/ ٤٧)، المغني (٥/ ٢١٨)، قواعد ابن رجب (ص٧)، الإنصاف (٦/ ٢٧١، ٢٧٢)، أعلام الموقعين (٢/ ١٤٠)، زاد المعاد (٥/ ٥١٥).

(١) مسلم (١٦٠٨).

(٢) شرح الزركشي (٢/ ١٧٢).

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤٦).

(٤) المحلى (٨/ ١٩، ٢٠).

(٥) بدائع الفوائد (٣/ ٦١٢)، وانظر إيقاظ همم أولي الأبصار (ص١٦٩).

يحل له أن يبيع) ليس معناه التحريم، إذ لو كان محرمًا لم يقل في آخر الحديث: فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به، ويكون معنى لا يحل له: أي يكره له، ويصدق على المكروه أنه ليس بحلال، ويكون الحلال: بمعنى: المباح: وهو مستوي الطرفين، والمكروه ليس بمستوي الطرفين، بل هو راجح الترك[1].

واعترض الشوكاني على هذا التأويل بأن المكروه من أقسام الحلال كما تقرر في الأصول[2].

قلت: ما تقرر في اصطلاح الأصول لا يلزم أن يكون مسلمًا في لغة الشرع، فالمكروه عند الأصوليين ليس هو المكروه عند السلف.

وقال القرطبي في شرح مسلم: «هو محمول على الإرشاد إلى الأولى بدليل قوله: (فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به) ولو كان ذلك على التحريم لذم البائع، ولفسخ البيع، لكنه أجازه وصححه، ولم يذم الفاعل، فدل على ما قلناه، وقد قال بعض شيوخنا: إن ذلك يجب عليه»[3].

ويمكن أن يقال: إن التحريم والصحة غير متلازمين لكن القرينة عندي في صرف النهي عن التحريم: كون النهي عن البيع قبل إعلام الشريك ليس لحق الله، وإنما هو لحق الشريك، وحق الشريك محفوظ سواء أخبره قبل البيع أو لم يخبره حتى باع، وما دام أن حقه قد حفظ لم يبلغ النهي التحريم، كما في النهي عن تلقي الجلب، وإذا تلقاه كان صاحبه بالخيار، والنهي عن تلقي الجلب للكراهة، وليس للتحريم، والله أعلم.

---

(١) انظر الفتاوى الهندية (٥/ ٣٦٤)، المفهم في شرح مسلم (٤/ ٥٢٧)، شرح النووي على صحيح مسلم (١١/ ٤٦)، مرقاة المفاتيح (٦/ ١٤٥).

(٢) نيل الأوطار (٦/ ٨٣).

(٣) المفهم في شرح مسلم (٤/ ٥٢٧)، وانظر مواهب الجليل (٥/ ٣٢٥).

❑ الراجح من الخلاف:

إسقاط ما لم يجب ولا جرى سبب وجوده، هل يعتبر إسقاطًا، أو مجرد وعد بالإسقاط لا يلزم منه الإسقاط مستقبلًا، ويجوز الرجوع فيه والعود إلى المطالبة بالحق.

والوعد بالشيء إن كان على سبيل المعاوضة كالمواعدة على بيع شيء أو على شرائه لا يعتبر بيعًا، ولا يلزم الواعد قولًا واحدًا عند فقهائنا المتقدمين، وفيه خلاف حادث للمعاصرين حررته في بيع المرابحة للآمر بالشراء.

وإن كان الوعد على سبيل التبرع كما هو في مسألتنا هذه ففيه خلاف بين الفقهاء المتقدمين، والجمهور على أن الوعد بالتبرع لا يلزم، وذهب المالكية في قول إلى لزومه إن كان هذا الوعد قد أدخل الموعود في كلفة ومشقة، وسبق تحرير هذه المسألة أيضًا في عقد المرابحة للآمر بالشراء فأغنى ذلك عن إعادة هذه المسألة هنا.

وبناء على تخريج المسألة على مذهب المالكية قد يختلف الأمر بين أن يعد البائع بأنه لا يأخذ بالشفعة، وبين أن يعد الشفيع المشتري بذلك، فالبائع لم يدخل في أي كلفة بوعده بعدم الأخذ؛ لأن رغبته بالبيع ليست متوقفة على ترك الشفيع الشفعة، بخلاف المشتري فإنه ربما حمله وعد الشفيع بعدم الأخذ بالإقبال على الشراء، وهذا التخريج قد يعد مقبولًا لو لم يكن هناك قول صريح للمالكية في المسألة، وما دام لهم قول صريح فلا أرى حاجة إلى هذا التخريج، والله أعلم.





المبحث الثاني
في تنازل الشفيع عن الشفعة بعد البيع

الفرع الأول
إسقاط الشفيع شفعته صراحة

[م-١٠٨٣] إذا صرح الشفيع بإسقاط حقه سقطت شفعته، وهذا لا نزاع فيه.

فالتنازل الصريح: نحو أن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة، أو أسقطتها، أو أبرأتك عنها، أو نحو ذلك؛ لأن الشفعة خالص حقه، فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطًا كالإبراء عن الدين، سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بشرط أن يكون بعد البيع[1].

قال ابن جزي: «وتسقط الشفعة إذا أسقطها بعد الشراء»[2].

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٩)، المبسوط (١٤/ ١٥٤)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٨٢)، الذخيرة (٧/ ٣٧٨)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك (١/ ٣٠٦).

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٨٩).



الفرع الثاني
إسقاط الشفيع شفعته دلالة وضمنًا

[م-١٠٨٤] إذا تصرف الشفيع بما يدل على رضاه بالبيع، وعدم الأخذ بالشفعة فهل تسقط شفعته؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا تصرف بما يدل على رضاه بالبيع سقطت شفعته ضمنًا عند جماهير العلماء[١].

قال السرخسي: «وإذا اشترى الرجل أرضًا، فاستأجرها الشفيع منه، أو أخذها مزارعة، أو كان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء، أو ساوم بها، فقد بطلت شفعته؛ لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري فيها، ودليل الرضا كصريح الرضا، والاستيام دليل إبطال حق الشفعة؛ لأنه طلب التملك منه بسبب يباشره باختياره ابتداء، وذلك يتضمن تقرره على مباشرة هذا السبب، فيكون إسقاطا للشفعة دلالة»[٢].

وقال الكاساني: «وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد، وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له؛ لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا، فيبطل بدلالة الرضا أيضًا...».

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١)، الخرشي (٦/ ١٧١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٤)، ومطالب أولي النهى (٤/ ١١٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٩)، كشاف القناع (٤/ ١٤٥).

(٢) المبسوط (١٤/ ١٣٧، ١٣٨).

ثم ذكر أمثلة مما يدل على إسقاط الشفعة عن طريق الدلالة منها: «إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري، أو سأله أن يوليه إياها، أو استأجرها الشفيع من المشتري، أو أخذها مزارعة، أو معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء؛ لأن ذلك كله دليل الرضا، أما المساومة؛ فلأنها طلب تمليك بعقد جديد وأنه دليل الرضا بملك المتملك، وكذلك التولية؛ لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وأنها دليل الرضا بملك المتملك. وأما الاستئجار والأخذ معاملة أو مزارعة؛ فلأنها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه»[1].

وقال ابن جزي: «وتسقط الشفعة إذا أسقطها بعد الشراء... وكذلك تسقط إذا ساوم المشتري في الشقص أو اكتراه منه، وسكت حتى أحدث فيه غرسًا أو بناه»[2].

وجاء في شرح الخرشي: «الشفيع إذا طلب مقاسمة المشتري في الشقص فإن شفعته تسقط بذلك، وإن لم تحصل مقاسمة بالفعل، وسواء كانت المقاسمة في الذات أو في منفعة الأرض للحرث، أو الدار للسكنى، وأما قسمة الغلة فلا تسقطها عند ابن القاسم خلافا لأشهب، وكذلك تسقط الشفعة إذا اشترى الشفيع الشقص من المشتري؛ لأن شراءه دليل على إسقاط شفعته، وظاهره ولو جاهلا بحكم الشفعة، وهو كذلك؛ لأن المذهب أن الشفعة لا يعذر فيها بالجهل، وفائدة سقوط الشفعة بشراء الشقص مع أن الشفيع قد ملكه بالشراء تظهر فيما إذا كان الثمن المشترى به أكثر من ثمن الشفعة، وأيضا الشراء قد يقع بغير جنس الثمن الأول، وكذلك تسقط الشفعة إذا ساوم الشفيع في الحصة المشتراة، وأما

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١).

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٨٩).

لو أراد الشراء أو المساومة فإنه لا تسقط شفعته، وكذلك تسقط الشفعة إذا أخذ الشفيع الحصة التي له فيها الشفعة مساقاة، أي جعل نفسه مساقيا عند المشتري للحصة، ومثله إذا استأجر الشفيع الحصة من المشتري ومقتضى حمل المساقاة على هذا المعنى أن الشفيع لو دفع حصته للمشتري مساقاة أن شفعته لا تسقط، ولا فرق بين أن يستأجر بالفعل أو يدعو إليه»[١].

القول الثاني:

ذهب الشافعية في قول عندهم إلى أن الشفعة لا تسقط إلا بالصريح دون التعريض، وحجتهم في هذا أن الله فرق في خطبة النساء بين التعريض والتصريح، فحرم التصريح، وأباح التعريض فدل على وجود فرق بينهما[٢].

قال تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

وأما سكوته بعد علمه بالبيع فهل يعتبر تسليمًا للشفعة، وإسقاطًا لحقه؟ فيه خلاف، وهو راجع إلى مسألة سابقة سبق تحريرها، هل طلب الشفعة على الفور أو على التراخي؟ فمن قال: الشفعة على الفور اعتبر سكوته مسقطًا لشفعته، ومن قال: هي على التراخي لم يسقط الشفعة بالسكوت، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

---

(١) شرح الخرشي (٦/ ١٧١).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢١)، وانظر الخرشي (٦/ ١٧١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٤)، ومطالب أولي النهى (٤/ ١١٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٩)، كشاف القناع (٤/ ١٤٥).



الفصل الثاني
التنازل عن الشفعة في مقابل عوض

المبحث الأول
في المعاوضة على حق الشفعة

حقوق الآدميين تقبل من المعاوضة والبدل ما لا يقبلها حقوق الله تعالى[١].

حق الشفعة حق آدمي محض يتعلق بالمال فيجوز إسقاطه بعوض[٢].

وهذا أصح من قول الحنفية: **الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع**[٣].

[م-١٠٨٥] إذا صالح المشتري الشفيع على مال ليتنازل عن الشفعة، فهل يصح أخذ العوض عن حق الشفعة، أو لا يصح؟

وقبل الجواب على ذلك نقول: الحقوق تنقسم إلى قسمين:

حق مالي: وهي الحقوق التي تقوم بالمال، وتقبل التنازل عنها، والانتقال من شخص إلى آخر، كحق القصاص، وحق المرور، وحق المسيل، وحق الشرب فهذه يجوز المعاوضة عليها.

وحق غير مالي: لا يقوم بالمال كحق الولاية، وحق حرية التنقل، وحق الحضانة.

---

(١) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣٢).

(٢) انظر الشرح الممتع لزاد المستقنع (٩/ ٢٤٧).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٨٩).

وحق الشفعة متردد بين الحقين: فمنهم من اعتبره حقًا ماليًا يقبل المعاوضة اعتبارًا بأصله؛ لأنه تنازل عن مال، وقياسًا على المعاوضة على الخلع، والمعاوضة على حق رد السلعة المعيبة.

قال ابن رشد: «فإن اتفقا - أي العاقدان - على أن يمسك المشتري سلعته، ويعطيه البائع قيمة العيب، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك»(١).

لأن خيار الرد بالعيب حق للمشتري، وهذا الحق له أن يستوفيه برد السلعة، وله أن يأخذ العوض على هذا المال بشرط أن يكون ذلك بالتراضي بين العاقدين، فإذا تراضيا على دفع عوض مقابل إسقاط هذا الحق جاز.

وإذا جازت المعاوضة على خيار الرد جازت المعاوضة على خيار الترك.

ومنهم من اعتبر حق الشفعة ليس حقًا ماليًا؛ لأن حق الشفعة غاية ما فيه أنه يعطي صاحبه حق التملك، وحق التملك ليس حقًا ماليًا حتى يعاوض عليه الإنسان، وإن كان يتعلق بالمال.

ومثله لو طلب رجل من إنسان ترك الشراء في بيع المزايدة مقابل مقدار معين من المال، هل له أن يأخذ هذا؟ أو يعتبر هذا من أكل مال الناس بالباطل.

إذا علم هذا فقد اختلف الفقهاء في الصلح عن حق الشفعة مقابل عوض مالي على قولين:

القول الأول:

لا يصح الصلح، ولا يثبت العوض، وهذا مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة(٢).

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٣٤).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢١)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٧)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤١٤)، =

جاء في الحاوي: «وإذا صالح الشفيع المشتري على ملك يأخذه منه عوضًا على ترك الشفعة لم يجز، وكان صلحًا باطلًا وعوضًا مردودًا كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين أو خيار مجلس، أو شرط...»[(١)].

☐ وجه القول ببطلان الصلح:

أن ترك الشفعة ليس بمال، ولا يؤول مالًا بحال، فالاعتياض عنه بمال لا يجوز.

القول الثاني:

يجوز أخذ العوض في مقابل التنازل عن حق الشفعة، وهو مذهب المالكية، وبه قال أبو إسحاق المروزي من الشافعية، وخرج ابن رجب صحة المعاوضة على حق الشفعة على صحة المعاوضة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه، ورجحه شيخنا ابن عثيمين[(٢)].

جاء في المدونة: «قال مالك: إذا أسلم الشفعة بعد وجوب الصفقة بمال أخذه فذلك جائز»[(٣)].

= البحر الرائق (٨/ ١٦٠)، المبسوط (٢٠/ ١٦٣)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٤)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٥١)، المهذب (١/ ٣٨٠)، الوسيط للغزالي(٤/ ١٠١)، روضة الطالبين (٥/ ١١١)، حاشية الجمل (٣/ ٥١١)، المغني (٥/ ١٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٤٨١، ٤٨٢)، وحكاه صاحب الإنصاف (٦/ ٢٧٠) قولًا واحدًا في المذهب، وانظر مطالب أولي النهى (٤/ ١١٥).

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٤).

(٢) المدونة (٥/ ٤١٨)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٨)، الشرح الكبير (٣/ ٤٧٩)، الخرشي (٦/ ١٦٧)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٨)، روضة الطالبين (٥/ ١١١)، الوسيط (٤/ ١٠١)، القواعد لابن رجب (ص١٩٩)، الشرح الممتع (٩/ ٢٤٧).

(٣) المدونة (٥/ ٤١٨).

وقال ابن رجب: «وتجوز المعاوضة بعوض على إسقاط حقه من وضع الخشب على جدار ونحوه، ذكره في المجرد...

قال أحمد في رواية ابن منصور: الشفعة لا تباع ولا توهب، وحمل القاضي قوله: لا تباع على أن المشتري ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض، قال: لأنه خيار لا يسقط إلى مال، فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط والمجلس، بخلاف خيار القصاص والعيب؛ لأنه يسقط إلى الدية والأرش، والأظهر حمل قول أحمد: لا تباع ولا توهب على أن الشفيع ليس له نقلها إلى غيره بعوض ولا غيره، فأما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه»[1].

❑ الراجح:

القول بجواز المعاوضة على التنازل عن حق الشفعة؛ لأنه حق آدمي يتعلق بالمال، ولم يكن في المعاوضة عليه محذور شرعي فلم يمنع من أخذ العوض عليه، والله أعلم.



(١) القواعد (ص١٩٨، ١٩٩).

المبحث الثاني
بقاء حق الشفعة بعد طلب العوض

[م-١٠٨٦] إذا طلب الشفيع عوضًا ماليًا مقابل التنازل عن الشفعة، فهل يسقط ذلك حقه من الشفعة عند القائلين بعدم صحة أخذ العوض على حق الشفعة؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا طلب الشفيع عوضًا مقابل التنازل سقط حقه من الشفعة، وهذا مذهب الحنفية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة[١].

واشترط الشافعية في أحد الوجهين لسقوط الشفعة علمه ببطلان المعاوضة عليها، فإن كان لا يعلم لم يسقط حقه في الشفعة.

قال الغزالي: «لو صالح الشفيع بطلت شفعته، ولم يثبت العوض إن كان عالمًا بالبطلان، فإن ظن الصحة فوجهان، والأولى ألا يبطل»[٢].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٧)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤١٤)، المبسوط (٢٠/ ١٦٣)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٨)، المهذب (١/ ٣٨٠)، الوسيط للغزالي(٤/ ١٠١)، حاشية الجمل (٣/ ٥١١)، المغني (٥/ ١٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٤٨١، ٤٨٢)، الإنصاف (٦/ ٢٧٠) مطالب أولي النهى (٤/ ١١٥).

(٢) الوسيط (٤/ ١٠١).

وقال في مغني المحتاج: «لا يصح الصلح عن الشفعة بحال... وتبطل شفعته إن علم بفسادها»[١].

❑ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن الإعراض عن الشفعة يسقطها سواء كان ذلك صراحة أو دلالة، فإذا طلب المعاوضة عليها فقد أعرض عن الأخذ بالشفعة دلالة، فسقطت.

ونوقش هذا:

بأن الترك مشروط بعوض، فلما بطل العوض بطل الترك.

الوجه الثاني:

أن الواجب على الشفيع أن يطالب بالشفعة فورًا من حين علمه بها، فإذا طلب المعاوضة عليها فاتت الفورية في طلب الشفعة، فسقطت.

ويناقش:

بأن الراجح أن الشفعة لا تجب على الفور، بل على التراخي.

القول الثاني:

لا تسقط الشفعة، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، واختاره القاضي وابن عقيل من الحنابلة[٢].

جاء في الحاوي: «وإذا صالح الشفيع المشتري على ملك يأخذه منه عوضًا على ترك الشفعة لم يجز، وكان صلحًا باطلًا وعوضًا مردودًا...

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩).

(٢) المهذب (١/ ٣٨٠)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٤)، الإنصاف (٦/ ٢٧٠).

وفي بطلان شفعته بذلك وجهان:

أحدهما: قد بطلت؛ لأنه تارك لها.

والوجه الثاني: أنها لا تبطل؛ لأن الترك مشروط بعوض، فلما بطل العوض بطل الترك»[١].

❑ الراجح:

إذا كنت رجحت في المسألة السابقة جواز المعاوضة بمال على حق الشفعة باعتباره حقًا آدميًا محضًا متعلقًا بالمال فإذا جاز ذلك لم يسقط حق الشفيع بالشفعة بمجرد طلبه الصلح على إسقاطه، والله أعلم.



(١) الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٤).



الفصل الثالث
سقوط الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن

[م-١٠٨٧] يشترط في الشفيع أن يكون قادرًا على دفع الثمن، فإن عجز عن الثمن أو عجز عن بعضه فلا شفعة له، ومثل العاجز الممتنع مع قدرته، والمماطل.

فإن أخذ بالشفعة ولم يكن معه ثمن، فقد اختلف العلماء في سقوط الشفعة بذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور العلماء بأن الشفيع إذا أخذ بالشفعة، ولم يكن معه ثمن أمهل إلى ثلاثة أيام، فإن أحضر الثمن خلالها وإلا فسخت شفعته، وهل يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم على قولين.

جاء في البحر الرائق: «الشفيع إذا طلب الشفعة، فقال المشتري: هات الدراهم، وخذ شفعتك، فإن أمكنه إحضار الدراهم في ثلاثة أيام، وإلا بطلت شفعته»(١).

وجاء في مغني المحتاج: «وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول، وهو تسليم العوض، لم يكن له أن يتسلم الشقص حتى يؤدي الثمن، وإن تسلمه

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٤٩)، وانظر بدائع الصنائع (٥/ ٢٤)، المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٥١٨)، المهذب (١/ ٣٧٨)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠١)، نهاية المحتاج (٥/ ٢٠٤)، روضة الطالبين (٥/ ٨٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٥)، كشاف القناع (٤/ ١٥٩).

المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزم المشتري أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه، فإن غاب أمهل ثلاثة أيام، فإن مضت، ولم يحضر الثمن فسخ الحاكم التملك، وقيل: يبطل بلا فسخ»(١).

وجاء في كشاف القناع: «وإن طلب الشفيع الإمهال لتحصيل الثمن أمهل يومين أو ثلاثة أيام؛ لأنها حد جمع القلة، فإذا مضت الأيام الثلاثة، ولم يحضره: أي يحضر الشفيع الثمن، فللمشتري الفسخ؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن، فملك الفسخ كبائع بثمن حال، من غير حاكم؛ لأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم حاكم، فلا يقف فسخ الأخذ بها عليه»(٢).

قال ابن قدامة: «أن يكون الشفيع قادرًا على الثمن؛ لأن أخذ المبيع من غير دفع الثمن إضرار بالمشتري، وإن عرض رهنًا أو ضمينًا أو عوضًا عن الثمن لم يلزمه قبوله؛ لأن في تأخير الحق ضررًا، وإن أخذ بالشفعة لم يلزم تسليم الشقص حتى يتسلم الثمن، فإن تعذر تسليمه قال أحمد: يصبر يومًا أو يومين، أو بقدر ما يرى الحاكم، فأما أكثر فلا، فعلى هذا إن أحضر الثمن وإلا فسخ الحاكم الأخذ، ورده إلى المشتري»(٣).

القول الثاني:

ذهب المالكية إلى تفصيل في المسألة، على النحو التالي:

الحال الأولى:

أن يقول الشفيع بلفظ المضارع: أنا آخذ، أو اسم الفاعل ولا يقول: قد أخذت.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٠١).

(٢) كشاف القناع (٤/ ١٥٩).

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢٥).

فالحكم في هذه الحالة: بأن يؤجل الشفيع لإحضار الثمن ثلاثة أيام، فإن أحضره، وإلا سقطت شفعته؛ لأن كلًا من المضارع، واسم الفاعل محتمل للوعد، وليس صريحًا في الأخذ.

الحال الثانية:

أن يقول الشفيع: أخذت بالشفعة بصيغة الماضي، فإن لم يكن عالمًا بالثمن فلا يلزمه الأخذ إذا عرفه، فله الرجوع عن الأخذ إذا عرف الثمن، وإن قال: أخذت بالشفعة، وهو عالم بالثمن فهنا المشتري له ثلاثة أحوال: إما أن يسلم له، أو يسكت، أو يمتنع.

فإن قال المشتري: قد سلمت لك الشقص بعد أن قال الشفيع: أخذت بالشفعة فهنا قد انعقد البيع بينهما، فلا رجوع لأحدهما إلا برضاهما، فإن عجز عن الثمن بيع الشقص من مال الشفيع، إلا أن يشترط عليه إن أتاه بالثمن وإلا فلا شفعة، فيعمل بشرطه.

وإن سكت المشتري بعد أن قال الشفيع أخذت بالشفعة فإنه يؤجله الحاكم باجتهاد ليأتي بالثمن فإن ذهب الأجل ولم يأت بالثمن خير المشتري في بيع الشقص، وفي إسقاط الشفعة.

وإن قال المشتري: أخذت بالشفعة، وأبى المشتري فإن عجل له الشفيع الثمن أجبر على دفعه للشفيع، وإن لم يعجل له ذلك فإن الحاكم يبطل شفعته حيث أراد المشتري ذلك. هذا ملخص مذهب المالكية(١).

وتفريق المالكية بين صيغة المضارع وبين صيغة الماضي تفريق جيد باعتبار أن

(١) شرح الخرشي (٦/ ١٧٥)، منح الجليل (٧/ ٢٢٣)، البيان والتحصيل (١٢/ ٨٥).

المضارع وعد بالأخذ بخلاف صيغة الماضي إلا أن يكون هناك عرف من كون المضارع يعني الجزم بالأخذ فلا يصح التفريق.

وأما تفريق المالكية بين أن يقول المشتري قد سلمت، أو يسكت أو يمتنع فلا أرى وجهًا لهذا التفريق؛ لأن الشفعة قائمة على الإيجاب فقط دون القبول، فلا يراعى قبول المشتري في حكم الشفعة؛ لأنها انتزاع لا يقوم على الرضا أصلًا، فإذا قال الشفيع: قد أخذت بالشفعة لزمته الشفعة إلا أن المبيع يحبس عند المشتري إلى حين أن يدفع الثمن، فإن لم يسلم الثمن فسخت الشفعة كما لو عجز عن دفع ثمن المبيع، ولا يقال: يباع المبيع من مال الشفيع هذا ما ترجح لي، والله أعلم.



الفصل الرابع
سقوط الشفعة بموت الشفيع

الشفعة من حقوق الملك فإذا انتقل الملك انتقل بحقوقه[١].

وقال الزركشي: **الضابط: أن ما كان تابعًا للملك يورث عنه كخيار المجلس، وسقوط الرد بالعيب، وحق الشفعة... بخلاف ما يرجع للشهوة والإرادة... لا يقوم الوارث مقامه في التعيين**[٢].

[م-١٠٨٨] إذا مات المشتري لم يبطل حق الشفيع؛ وله أن يأخذ المبيع من وارثه؛ لأن حق الشفيع لم يكن مرتبًا على قبول المشتري في حياته، فلم يكن هناك فرق في الحكم بعد وفاته.

[م-١٠٨٩] وإن مات الشفيع فقد اختلف الفقهاء في سقوط الشفعة بذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

تسقط الشفعة بموت الشفيع مطلقًا، سواء طالب بها قبل موته أو لم يطالب. وهذا مذهب الحنفية، وبه قال الثوري، وإسحاق[٣].

القول الثاني:

لا تسقط الشفعة بموت الشفيع مطلقًا، وحق الشفعة ينتقل بعده للورثة، وهو

---

(١) انظر الشرح الممتع (١٠/ ٢٧٥).

(٢) المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٥٦).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢٢)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٧)، العناية شرح الهداية (٩/ ٤١٦)، البحر الرائق (٨/ ١٦٠)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٨٢).

مذهب المالكية، والشافعية، وقول في مذهب الحنابلة[١].

القول الثالث:

إن مات الشفيع قبل المطالبة سقطت، وإن مات بعد المطالبة لم يسقط حقه، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة، وبه قال ابن حزم[٢].

جاء في الإنصاف: «وإن مات الشفيع بطلت شفعته إلا أن يموت بعد طلبها، فتكون لوارثه»[٣].

والخلاف في هذا المسألة راجع إلى الخلاف في مسألة أخرى: هل الأصل في الحقوق أن تورث، أو الأصل فيها أنها لا تورث؟

قال ابن رشد: «وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل: هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال.

وعمدة الحنفية: أن الأصل: هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال»[٤].

وأما الحنابلة فلهم مأخذان في التفريق بين المطالبة وعدمها:

الأول: أن خيار الشفعة لا يثبت للشفيع حتى يطالب به، فإذا مات ولم يطالب به لم يثبت له، وإذا لم يثبت له لم يورث عنه، أما إذا اختار الشفعة قبل

---

(١) المدونة (٥/ ٤١٧)، الاستذكار (٢١/ ٣٠٥)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٩)، المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٥٦)، الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٩)، المهذب (١/ ٣٨٣)، روضة الطالبين (٥/ ٨٨)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٢)، قواعد ابن رجب (ص٣٦٣).

(٢) المغني (٥/ ٢١٦)، الإنصاف (٦/ ٢٩٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٤٧)، المحلى، مسألة (١٦٠٤).

(٣) الإنصاف (٦/ ٢٩٧).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ١٥٩).

موته فقد ثبت له الحق، فانتقل إلى وارثه بالموت؛ لأن الموت كان بعد ثبوت الحق له، يشبه في هذا من أوجب البيع ثم مات قبل قبول المشتري، فإن الإيجاب يبطل، وكذلك الشفعة تبطل إذا مات قبل أن يطالب بها. فإن علمت رغبته من غير مطالبته كفى ذلك في الإرث عنه، ذكره القاضي في خلافه.

الثاني: أن حقه فيها قد سقط بتركه وإعراضه، لا سيما على القول بأنها على الفور، فعلى هذا لو كان غائبًا فلهم المطالبة، وليس لهم ذلك على الأول[١].

❑ **الراجح:**

أن الشفعة تثبت للشفيع بمجرد بيع الشريك ما لم يتنازل عنها، فصارت بذلك حقًا ثابتًا له، وهي متعلقة بالمال لا ببدنه، فتبقى لمن ورث المال بعده، ونظير ذلك خيار العيب، فإنه لو مات قبل أن يطالب به كان للوارث حق المطالبة؛ لأنه لما لم يسقط حقه انتقل حقه للوارث بعده، والله أعلم.

---

(١) القواعد لابن رجب (ص٣٦٣)، المبدع (٥/ ٢٢٢).



الفصل الخامس
إذا باع الشفيع أو وهب قبل أن يقضى له بالشفعة

المبحث الأول
إذا باع أو وهب نصيبه كله

الفرع الأول
أن يكون الشفيع عالمًا بتصرف شريكه

هل تسقط الشفعة فيما إذا باع الشفيع نصيبه كاملًا أو وهبه كله قبل أن يقضى له بالشفعة باعتبار أن سبب الشفعة قد ارتفع سواء قلنا: إن سبب الشفعة هو دفع ضرر الشركة، أو لدفع ضرر المقاسمة؟

أو يقال: الشفعة ثبتت له قبل البيع فثبت له حق المطالبة بها.

وللجواب على ذلك نقول:

إذا باع الشفيع نصيبه فإما أن يكون عالمًا ببيع شريكه أو لا يعلم.

[م-١٠٩٠] فإن باع الشفيع، وهو عالم ببيع شريكه فقد اختلف العلماء في سقوط حق الشفيع على قولين:

القول الأول:

تسقط شفعته، وهو مذهب الأئمة الأربعة(١).

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٥٦)، المنتقى للباجي (٦/ ٢١٨)، التاج والإكليل (٥/ ٣١٨، ٣٢١)، الشرح الكبير (٣/ ٤٨٤)، =

وقال في الإنصاف: «لا خلاف فيه أعلمه»[١].

وجاء في حاشية الصاوي: «وظاهر المصنف أيضًا سقوط الشفعة ببيع حصته، ولو غير عالم ببيع شريكه، وهو ظاهر المدونة، وقيل: محل السقوط إذا باع عالمًا ببيع شريكه، فإن باع غير عالم ببيع شريكه فلا تسقط شفعته.

قال بعضهم: وهو أظهر»[٢].

وفي الشرح الكبير للرافعي: «إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار، أو وهب عالمًا بثبوت الشفعة له بطل حقه. أما إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر، وأما إذا جعلناها على التراخي؛ فلأن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة والمقاسمة، وإنما يلزمه ذلك من الشركة، فإذا باع نصيب نفسه فقد أزال سبب الشفعة»[٣].

قال ابن قدامة: «فإن باع الشفيع حصته عالمًا بالبيع بطلت شفعته؛ لأنها ثبتت لإزالة ضرر الشركة، وقد زال بيعه»[٤].

❏ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن استحقاق الشفعة إما بالشركة وهذا بالاتفاق، أو بالجوار على قول، فإذا

= الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٦٤٢)، الخرشي (٦/ ١٧١)، منح الجليل (٧/ ٢٠١)، روضة الطالبين (٥/ ١١١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٨)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢١)، الإنصاف (٦/ ٢٩٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٣٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٥١٥).

(١) الإنصاف (٦/ ٢٩٦).

(٢) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٣/ ٦٤٢).

(٣) فتح العزيز بشرح الوجيز (١١/ ٤٩٧).

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢١).

باع الشريك أو الجار نصيبه فقد أزال سبب الشفعة.

الوجه الثاني:

أن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر سوء المشاركة أو المقاسمة، وقد انتفى كل ذلك بالبيع.

الوجه الثالث:

إذا باع الشريك نصيبه بعد أن علم ببيع شريكه، ولم يطالب بالشفعة، وقلنا: إن الشفعة تجب على الفور فإنها تسقط لوجود التراخي في طلب الشفعة.

القول الثاني:

لا يسقط حقه من الشفعة ولو كان عالمًا ببيع شريكه، وهو قول في مذهب المالكية[(١)]، وبه قال ابن حزم[(٢)].

قال في المحلى: «لو أن الشريك بعد بيع شريكه قبل أن يؤذنه باع أيضًا حصته من ذلك الشريك البائع، أو من المشتري منه، أو من أجنبي، علم بأن له الشفعة أو لم يعلم، علم بالبيع أو لم يعلم، فالشفعة له كما كانت؛ لأنه حق قد أوجبه الله تعالى له فلا يسقطه عنه بيع ماله، ولا غير ذلك أصلًا، وبالله تعالى التوفيق»[(٣)].

❑ الراجح من الخلاف:

سبب الخلاف بين القولين يرجع إلى: هل المعتبر في الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها، وهو وقت شراء المشتري، أو الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت

---

(١) المنتقى للباجي (٦/ ٢١٨).

(٢) المحلى، مسألة (١٦٠٢).

(٣) المرجع السابق.

الوجوب، فمن قال: المعتبر وقت وجوب الشفعة، قال: له الشفعة، ولو باع نصيبه بعد ذلك؛ لأن الشفعة قد ثبتت له بشراء المشتري، فبيعه بعد ذلك لا يسقط ما وجب له من الشفعة.

ومن قال: المعتبر وقت الأخذ، فإن بيعه لحصته التي يستحق بها الشفعة ترك لشفعته؛ لأن الشفعة إنما ثبتت لإزالة الضرر، فإذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفي الضرر عنه، فكان بيعه لحصته يقتضي ترك الأخذ بالشفعة[١]. وهذا ما أميل إليه، والله أعلم.



(١) انظر المنتقى للباجي (٦/ ٢١٨).

الفرع الثاني
أن يكون الشفيع غير عالم بتصرف شريكه

[م-١٠٩١] إذا باع الشفيع نصيبه كاملًا وكان جاهلًا ببيع شريكه، فهل يحق له الشفعة إذا علم؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا باع الشفيع نصيبه كاملًا جاهلًا ببيع شريكه سقط حقه من الشفعة.

وهذا مذهب الحنفية، وقول في مذهب المالكية، وأصح الوجهين عند الشافعية، واختاره القاضي أبو يعلى من الحنابلة(١).

جاء في الهداية: «وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته... وإن لم يعلم بشراء المشفوعة»(٢).

وجاء في حاشية الصاوي: «وظاهر المصنف أيضًا سقوط الشفعة ببيع حصته، ولو غير عالم ببيع شريكه، وهو ظاهر المدونة»(٣).

جاء في الشرح الكبير للرافعي: «إذا باع نصيبه جاهلًا بالشفعة، قال أكثرهم: فيه وجهان، وقال صاحب الكتاب قولان... أشبههما أنها تبطل

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ٥٦)، شرح الخرشي (٦/ ١٧٢)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٤٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٨٤)، الشرح الكبير للرافعي (١١/ ٤٩٨)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٨، ٣٠٩)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٨)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٨)، المغني (٥/ ١٩٠).
(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٨).
(٣) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٣/ ٦٤٢).

لزوال سبب الشفعة، ولهذا لو زال عيب المبيع قبل التمكن من الرد سقط حق الرد»[(١)].

وقال ابن قدامة: «إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول، فقال القاضي: تسقط شفعته أيضًا لما ذكرناه؛ ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، فصار كمن اشترى معيبًا فلم يعلم عيبه حتى زال»[(٢)].

القول الثاني:

لا تسقط شفعته، وهو قول ثان في مذهب المالكية، وقول مرجوح في مذهب الشافعية، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة[(٣)].

جاء في حاشية الصاوي: «وقيل محل السقوط إذا باع عالمًا ببيع شريكه، فإن باع غير عالم ببيع شريكه فلا تسقط شفعته.

قال بعضهم: وهو أظهر»[(٤)].

وقال ابن قدامة: «إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضي: تسقط شفعته... وقال أبو الخطاب: لا تسقط شفعته؛ لأنها ثبتت له، ولم يوجد منه رضا بتركها، ولا ما يدل على إسقاطها، والأصل بقاؤها، فتبقى، وفارق ما إذا علم فإن بيعه دليل على رضاه بتركها»[(٥)].

---

(١) الشرح الكبير للرافعي (١١/ ٤٩٨).

(٢) المغني (٥/ ١٩٠).

(٣) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٦٤٢)، الخرشي (٦/ ١٧١)، منح الجليل (٧/ ٢٠١)، المغني (٥/ ١٩٠).

(٤) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٣/ ٦٤٢).

(٥) المغني (١/ ١٩٠).

❑ الراجح:

الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في التي قبلها، وهو راجع إلى ما هو المعتبر في الأخذ بالشفعة، هل هو وقت وجوب الشفعة، أو وقت الأخذ بالشفعة، فعلى الأول لا تسقط إذا باع، سواء علم أو لم يعلم، وعلى الثاني: تسقط؛ لأن سبب الاستحقاق وقت الأخذ لم يكن قائمًا، والله أعلم.





المبحث الثاني
إذا باع الشفيع أو وهب بعض نصيبه

الشفعة تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره.

[م-١٠٩٢] إذا باع الشفيع بعض نصيبه قبل أن يقضى له بالشفعة، فهل هذا البيع يسقط حقه بالشفعة، أو يبقى حقه باعتباره ما زال شريكًا؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إن باع أو وهب البعض لم يسقط حقه من الشفعة.

وهذا مذهب الحنفية، وقول في مذهب المالكية، ووجه في مذهبي الشافعية والحنابلة[١].

جاء في الإنصاف: «لو باع بعضه عالمًا ففي سقوط الشفعة وجهان:

أحدهما: تسقط.

والثاني: لا تسقط؛ لأنه قد بقي من ملكه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد، فكذلك إذا بقي»[٢].

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢٠)، الفتاوى الهندية (٥/ ١٩٦)، مواهب الجليل (٥/ ٣٢١)، شرح الخرشي (٦/ ١٧١)، حاشية الصاوي مع الشرح الصغير (٣/ ٦٤٢)، روضة الطالبين (٥/ ١١١)، مغني المحتاج (٢/ ٣٠٩)، نهاية المحتاج (٥/ ٢١٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤٢١)، الإنصاف (٦/ ٢٩٦)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٣٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٥١٥).

(٢) الإنصاف (٦/ ٢٩٦).

❑ **وجه هذا القول:**

الوجه الأول:

بأن ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء، فأولى أن يصلح للبقاء؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

الوجه الثاني:

أن الشفعة ثبتت للشريك بسبب الشركة، والشركة ما زالت قائمة.

الوجه الثالث:

أن الشفعة تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره، وقد بقي من نصيب الشركة ما تستحق به الشفعة.

القول الثاني:

يسقط حقه في الشفعة، وهو قول ثان في مذهب المالكية، وأظهر الوجهين في مذهب الشافعية، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[١].

قال النووي: «ولو باع بعضه بطلت على الأظهر»[٢].

❑ **وجه هذا القول:**

أن الشفعة استحقت بجميع المبيع، فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيها؛ لأنها لا تتبعض، فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق، وكما لو عفى عن بعضها.

---

(١) مواهب الجليل (٥/ ٣٢١)، روضة الطالبين (٥/ ١١١)، أسنى المطالب (٢/ ٣٧٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٥١٥)، الإنصاف (٦/ ٢٩٦).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ١١١).

❑ الراجح:

الراجح بقاء الشفعة ما بقيت الشركة بصرف النظر عن مقدار نصيب الشريك؛ فالشركة سبب في الشفعة، وليس للاستحقاق نصاب معين إذا نقص سقطت الشفعة، والله أعلم.





الفصل السادس
إسقاط الشفعة بالتحايل على إسقاطها

قال ابن حجر: «الحيل: جمع حيلة، وهي ما يتوصل به إلى مقصود خفي، وهي عند العلماء على أقسام: فإن توصل بها بطريق مباح إلى إبطال حق، أو إثبات باطل، فهي حرام، أو إلى إثبات حق، أو دفع باطل فهي واجبة أو مستحبة، وإن توصل بها بطريق مباح إلى سلامة من وقوع في مكروه، فهي مستحبة أو مباحة، أو إلى ترك مندوب، فهي مكروهة»(١).

[م-١٠٩٣] والتحايل لإسقاط الشفعة، إن كان بعد ثبوت البيع فهو حرام بالاتفاق؛ لأنه إبطال لحق واجب فلا يجوز التحايل لإسقاطه، وممن حكى الإجماع الزيلعي والكاساني من الحنفية، وابن تيمية من الحنابلة.

قال في تبيين الحقائق: «الاختلاف بينهما - يعني بين أبي يوسف وبين محمد في حكم الحيلة - قبل الوجوب، وأما بعده فمكروه بالإجماع»(٢).

وقال ابن تيمية: «الاحتيال على إسقاط الشفعة بعد وجوبها لا يجوز بالاتفاق، وإنما اختلف الناس في الاحتيال عليها قبل وجوبها، وبعد انعقاد السبب»(٣).

[م-١٠٩٤] وأما التحايل لدفع ثبوت الشفعة ابتداء، فاختلف فيه الفقهاء على ثلاثة أقوال:

---

(١) فتح الباري (١٢/ ٣٢٦).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ٢٦١)، وانظر بدائع الصنائع (٢/ ١٥) و (٥/ ٣٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٨٢٥)، رد المحتار على الدر المختار (٦/ ٢٤٦).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٨٦).

القول الأول:

يجوز التحايل لإسقاط الشفعة قبل ثبوتها، وبه قال أبو يوسف من الحنفية، واختاره من الشافعية أبو بكر الصيرفي والبندنيجي(١).

جاء في الهداية: «ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف، وتكره عند محمد رحمه الله؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه. ولأبي يوسف أنه منع من إثبات الحق فلا يعد ضررًا»(٢).

❑ وجه هذا القول:

إذا تحايل الشفيع لإسقاط الشفعة قبل وجوبها جاز ذلك لأنه إنما فعل ذلك لدفع الضرر عن نفسه، والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائزة، وإن كان غيره قد يتضرر منه، وإن كان التحايل بعد وجوب الشفعة حرم ذلك؛ لأن الإنسان لا يجوز له أن يدفع الضرر عن نفسه بإلحاق الضرر بغيره.

القول الثاني:

دفع الشفعة بالحيلة مكروه، وهذا هو اختيار محمد بن الحسن من الحنفية، والأصح في مذهب الشافعية(٣).

---

(١) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٩)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٦١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٥١)، البحر الرائق (٨/ ١٦٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٥)، المنثور في القواعد الفقهية (٢/ ٩٩)، روضة الطالبين (٥/ ١١٦).

(٢) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٩).

(٣) الهداية شرح البداية (٤/ ٣٩)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٦١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٥١)، البحر الرائق (٨/ ١٦٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٥)، روضة الطالبين (٥/ ١١٦)، أسنى المطالب (٢/ ٣٨٠)، حاشية الجمل (٣/ ٥٠٧).

❑ وجه القول بالكراهة:

لم يحرم التحايل؛ لأن التحايل كان قبل وجوب الشفعة ومن أجل أن يدفع الشفيع الضرر عن نفسه، وتكره لأن الشفيع يتضرر بذلك.

القول الثالث:

لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط، اختاره بعض الشافعية، وهو المشهور من مذهب الحنابلة(١).

قال في الإنصاف: «ولا يحل الاحتيال لإسقاطها بلا نزاع في المذهب»(٢).

وأما المالكية فلم يتوجهوا في بحث التحايل لإسقاط الشفعة بدليل أن القرافي في الذخيرة عندما تعرض لهذه المسألة عرض فيها الخلاف بين أبي يوسف ومحمد بن الحسن، ولو كانت المسألة مسطورة عند أصحابه لنقلها عنهم، والله أعلم(٣).

❑ دليل من قال: بتحريم الحيل:

الدليل الأول:

(ح-٦٥٦) ما رواه مسلم من طريق ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر قال: **قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به**(٤).

---

(١) المنثور في القواعد (٢/ ٩٩)، الإنصاف (٦/ ٢٥١)، كشاف القناع (٤/ ١٣٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٣٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٠٢).

(٢) الإنصاف (٦/ ٢٥١).

(٣) الذخيرة (٧/ ٣٨٣).

(٤) مسلم (١٦٠٨).

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه ليأخذ أو يدع مع أن حق الشفيع ثابت ولو باع بدون أن يؤذنه، فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية.

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿إِنَّا بَلَوْنَٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَٰبَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا۟ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿فَأَصْبَحَتْ كَٱلصَّرِيمِ﴾ [القلم: ١٧].

وجه الاستدلال:

أن هؤلاء لما قصدوا من وقت الصرام الاحتيال على حق المساكين عاقبهم الله بإهلاك مالهم، فكذلك الشفيع إذا قصد في فعله إبطال الشفعة حرم ذلك عليه.

الدليل الثالث:

(ح-٦٥٧) ما رواه البخاري من طريق ثمامة، أن أنسًا رضي الله عنه حدثه، **أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له التي فرض رسول الله ﷺ: ولا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة**[١].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ نهى عن جمع المتفرق، أو تفريق المجتمع لإسقاط الزكاة أو تقليلها من غير فرق بين أن يكون ذلك بعد وجوب الزكاة، أو قبل وجوبها، فدل على تحريم التحايل لإسقاط ما قد يجب.

---

(١) البخاري (١٤٥٠).

الدليل الرابع:

(ح-٦٥٨) ما رواه البخاري ومسلم من طريق مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ**[١].

وجه الاستدلال:

لما كان الكلأ المباح لا يجوز منع الناس منه، وربما كان حول الكلأ ماء في أرض مملوكة، فإن منع صاحب الماء الناس سقي بهائمهم لحاجته إلى الماء لم يحرم ذلك عليه، وإن منعهم فضل الماء ليتوصل إلى منعهم من الكلأ المباح حرم ذلك عليه، وهذا الحديث دليل على منع الحيل.

الدليل الخامس:

أن الشفعة شرعت لدفع الضرر، فلو شرع التحايل لإبطالها لكان عودًا على مقصود الشريعة بالإبطال، وللحق الضرر الذي قصد إبطاله[٢].

❑ الراجح:

أن الباعث على الفعل إذا لم يكن مشروعًا كان الفعل نفسه غير مشروع، وقد تكلمنا على اعتبار القصد في العقود، حول بيع العنب لمن يعصره خمرًا، وبيع السلاح في زمن الفتنة، وأن القصد يجب أن يكون مباحًا ليصح العقد، فإذا قصد منع الشفيع من الشفعة كان القصد غير مباح، فحرم الفعل. والله أعلم.



(١) البخاري (٢٣٥٣)، ومسلم (١٥٦٦).

(٢) إعلام الموقعين (٣/ ٢٩٩).



عقد الحوالة

❑ التمهيد ❑

المبحث الأول: تعريف الحوالة

تعريف الحوالة اصطلاحًا[١]:

تعريف الحنفية:

عرفها الحنفية بأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

واختلف الحنفية في توصيف هذا النقل:

فقيل: نقل للدين والمطالبة جميعًا، فهي توجب براءة المحيل، وهذا قول أبي يوسف، وهو المعتمد في المذهب.

وقيل: إنها نقل المطالبة فقط، وأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل، وهذا قول محمد بن الحسن[٢].

---

(١) الحوالة في اللغة: من حال يحول حولًا واحتال احتيالا: إذا تحول من ذات نفسه.
والحوالة: إحالتك غريمًا، وتحول ماء من نهر إلى نهر.
يقال: أحلت فلانًا بما له عليَّ على رجل آخر لي عليه، أحيله إحالة، فاحتال بها عليه.
ويقال للذي يحال عليه بالحق: حيل، والذي يقبل الحوالة حيل، وهما الحيلان، كما يقال: البيعان، والاسم الحوالة.
انظر لسان العرب (١١/ ١٨٤).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٦٦)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٥)، مجمع الأنهر (٢/ ١٤٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٣)، بدائع الصنائع (٦/ ١٧).

ويظهر الخلاف بين القولين في صحة إبراء المحال للمحيل بعد الحوالة، فأبو يوسف يرى أنه باطل بناء على أن الحوالة قد نقلت الدين، وصحيح عند محمد بناء على أن الحوالة نقلت المطالبة بالدين(١).

تعريف المالكية:

عرفها الدردير بقوله: «نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى»(٢).

تعريف الشافعية:

جاء في مغني المحتاج: «عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة»(٣).

تعريف الحوالة عند الحنابلة:

قال ابن قدامة: هي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه(٤).

وقيل: نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه(٥).

فمن خلال التعريفات السابقة نلحظ ما يلي:

الأول: أن أكثر التعريفات تجعل الحوالة هي في نقل الدين. وأحسن منه من قال: الحوالة نقل الحق؛ لأن الحق أعم من الدين، فيدخل فيه الدين ويدخل

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي (٣/ ٩٤، ٩٥).
(٢) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥)، وانظر الخرشي (٦/ ١٦)، شرح ميارة (١/ ٣٢٩)، الذخيرة (٩/ ٢٤١)، مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل (٥/ ٩٠)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٠).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، وانظر نهاية المحتاج (٤/ ٤٢١)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٠).
(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٨)، وانظر شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٥).
(٥) انظر الإنصاف (٥/ ٢٢٢).

غيره من وديعة، ومال مغصوب على القول بصحة الحوالة على العين، وسيأتي تحرير الخلاف في الحوالة على الأعيان إن شاء الله تعالى.

الثاني: لا يختلف الفقهاء بأن الحوالة قد نقلت الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهذا يعني براءة المحيل، ولم يخالف في ذلك إلا زفر والقاسم ابن معن حيث جعلا الحوالة كالضمان، لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبل كالكفالة سواء[١].

ويرى محمد بن الحسن أن الحوالة لا تنقل الدين، وإنما تنقل المطالبة به، وأما أصل الدين فهو باق على المحيل، وقد تقدم.

والحق قول الجمهور؛ لأن الحوالة مشتقة من التحويل، وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازمًا فيها، والحق إذا انتقل لم يبق في المحل الذي انتقل منه.

ولا بد في عقد الحوالة من أطراف، هي:

المحيل: هو المدين.

والمحال: هو الدائن.

والمحال عليه: هو الذي قبل الحوالة.

واختار الجمهور وجود المحال به. وهو مبلغ الدين.

❊ ❊ ❊

---

(١) شرح مشكل الآثار (٧/ ١٧٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١٧١)، بدائع الصنائع (٦/ ١٧).



المبحث الثاني: أقسام الحوالة

يدخل في تعريف الحوالة بيان أقسامها، ويمكن تقسيم الحوالة باعتبارات كثيرة، وأكثر من توجه إلى تقسيم الحوالة هم الحنفية.

القسم الأول: تقسيم الحوالة باعتبار التقييد والإطلاق.

انفرد الحنفية إلى تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة.

يقول الكاساني: «الحوالة نوعان:

مطلقة، ومقيدة، فالمطلقة: أن يحيل بالدين على فلان، ولا يقيده بالدين الذي عليه. والمقيدة أن يقيده بذلك»[(١)].

والمطلقة عند الحنفية لها صورتان:

الصورة الأولى:

أن يكون المحال عليه ليس مدينًا للمحيل.

[م-١٠٩٥] وهذه الصورة وقع في جوازها خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول:

تصح الحوالة، وإن كان المحال عليه ليس مدينًا للمحيل، وهذا مذهب الحنفية، واختاره ابن الماجشون من المالكية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[(٢)].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٦).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢)، المنتقى للباجي (٥/ ٦٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠).

القول الثاني:

يشترط في صحة الحوالة، أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، وهذا مذهب المالكية، والأصح في مذهب الشافعية، وهو مذهب الحنابلة[(١)].

وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الخلاف في هذه الصورة في مبحث مستقل، وإنما الكلام هنا عن أقسام الحوالة.

الصورة الثانية:

يدخل في الحوالة المطلقة: أن يكون المحال عليه عنده دين أو عين للمحيل، ولكن الحوالة لم تقيد بما عنده، بل أرسل المحيل الحوالة، ولم يطلب من المحال عليه أن يؤديها من الدين أومن العين التي عنده للمحيل، فهذه تعتبر عند الحنفية حوالة مطلقة.

فإن قيد الحوالة بما عند المحال عليه من عين أو دين، فهي حوالة مقيدة.

جاء في الفتاوى الهندية: «وهي نوعان: مطلقة، ومقيدة.

فالمطلقة منها: أن يرسل الحوالة، ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا»[(٢)].

---

(١) المدونة (٥/ ٢٨٩)، التاج والإكليل (٥/ ٩٢)، الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٠)، شرح الخرشي (٦/ ١٧)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، حواشي الشرواني (٥/ ٢٢٨)، الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٨، ٢١٩)، المبدع (٤/ ٢٧٦)، المغني (٤/ ٣٣٧).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٧)، وانظر تبيين الحقائق (٤/ ١٧٣، ١٧٤)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٧).

والمقيدة عند الحنفية لها صورتان:

الصورة الأولى:

أن يحيله على الدين الذي في ذمة المحال عليه.

الصورة الثانية:

أن يحيله على العين التي في يد المحال عليه.

وتنقسم الحوالة على العين إلى قسمين:

الحوالة المقيدة بعين هي أمانة، كالوديعة، والعارية.

مثاله: أن يقول شخص لآخر: أحلت زيدًا عليك بالألف التي له علي على أن تؤديها إليه من الدراهم التي أودعتكها.

الحوالة المقيدة بعين هي مضمونة كالمغصوب وبدل الخلع ونحوها، وهي التي تضمن بمثلها إن كانت مثلية، أو بقيمتها إن كانت قيمية.

مثاله: أن يقول شخص لآخر: أحلت زيدًا عليك بالألف التي له عليَّ على أن تؤديها من الدراهم التي اغتصبتها.

قال في الفتاوى الهندية: «والمقيدة على نوعين: أحدها أن يقيد المحيل الحوالة بالدين الذي له على المحتال عليه، والثاني: أن يقيد الحوالة بالعين التي له في يد المحتال عليه بالغصب أو الوديعة»[1].

وقال ابن عابدين: «اعلم أن الحوالة نوعان: مطلقة، ومقيدة.

فالمقيدة: أن يقيدها بدين له عليه أو وديعة أو عين في يده وديعة أو غصب أو نحوه.

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٩).

والمطلقة: أن يرسلها، ولا يقيدها بواحد مما ذكر، سواء كان له دين على المحال عليه أو عنده عين له أو لا، بأن قبلها متبرعًا، والكل جائز؛ لأنه في المقيدة وكيل بالدفع، وفي المطلقة متبرع»(١).

[م-١٠٩٦] ولم يختلف الفقهاء في جواز الحوالة على الدين.

واختلفوا في جواز الحوالة على العين من أمانة، كالوديعة، ومال المضاربة، ومال الشركة، وتركة الميت، ونحوها على قولين:

القول الأول: تصح، وتكون حوالة. وهذا مذهب الحنفية(٢).

القول الثاني: إذا لم تكن الحوالة على دين، وإنما كانت على عين فإن العقد يصح، ويكون العقد وكالة بقبض العين ممن هي عنده، وليس حوالة، وهذا مذهب الجمهور(٣).

وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الخلاف في مبحث مستقل، وإنما الكلام هنا عن أقسام الحوالة.

القسم الثاني: تقسيم الحوالة بالنسبة للحلول والتأجيل.

قسم الحنفية الحوالة المطلقة إلى قسمين: حالة ومؤجلة.

جاء في الفتاوى الهندية: «ثم المطلقة على نوعين: حالة ومؤجلة»(٤).

[م-١٠٩٧] وقد أجاز الفقهاء أن يكون دين المحال عليه مؤجلًا.

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٩٣).
(٢) تبيين الحقائق (٤/ ١٧٣)، فتح القدير (٧/ ٢٤٧، ٢٤٨).
(٣) نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٧)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧١)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٤)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٤)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٦).
(٤) الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٨).

[م-١٠٩٨] واختلفوا في جواز أن يكون دين المحال مؤجلًا على قولين:

القول الأول: يشترط حلول دين المحال(١).

والقول الثاني: يشترط اتفاق الدينين حلولًا وأجلًا، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، وبه قال ابن حزم(٢).

وسوف يأتينا إن شاء الله ذكر حجة كل فريق في مبحث خاص، وإنما أشرنا إلى هذا في معرض الكلام على أقسام الحوالة.

القسم الثالث: تقسيم الحوالة باعتبار اللزوم وعدمه:

ذكر ابن نجيم في البحر الرائق نقلًا من الخلاصة والبزازية: «أنها على ثلاثة أوجه: لازمة، وجائزة، وفاسدة.

فاللازمة: أن يحيل الطالب على رجل، ويقبل الحوالة، سواء كانت مقيدة، أو مطلقة.

والجائزة: أن يقيدها بأن يعطي المحال عليه الحوالة من ثمن دار نفسه، أو ثمن عبده، فلا يجبر المحال عليه على البيع، وهو بمنزلة ما لو قبل الحوالة على أن يسدد عند الحصاد، فإنه لا يجبر على أداء المال قبل الأجل.

والفاسدة: أن يقيد بإعطائه من ثمن دار المحيل، أو ثمن عبده؛ لأنها حوالة

---

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٧٠)، مواهب الجليل (٥/ ٩٢، ٩٣)، شرح الخرشي (٦/ ١٨)، التاج والإكليل (٥/ ٩٢، ٩٣)، شرح ميارة (١/ ٣٣٠)، الشرح الصغير (٣/ ٤٢٦)، منح الجليل (٦/ ١٨٧).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، حاشية الجمل (٣/ ٣٨١)، البيان للعمراني (٦/ ٢٨٣)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩)، كفاية الأخيار (١/ ٢٦٥)، حواشي الشرواني (٤/ ٤٠٩)، الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، المبدع (٤/ ٢٧٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٥)، المحلى، مسألة (١٢٢٩).

بما لا يقدر على الوفاء به، وهو بيع الدار، والعبد، فإن الحوالة بهذا الشرط لا تكون توكيلا ببيع دار المحيل»[١].



(١) البحر الرائق (٦/ ٢٦٩).

الباب الأول
في حكم الحوالة

الفصل الأول
في الأدلة على مشروعية الحوالة

[م-١٠٩٩] الحوالة من المعاملات الثابتة بالسنة، والإجماع، والقياس.

(ح-٦٥٩) أما السنة فما رواه الشيخان من طريق مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: **مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع**[١].

وجه الاستدلال:

أن الأمر بالاتباع دليل الجواز، ولولا ذلك لما أمر به.

وأما الإجماع، فقد نقل الإجماع طائفة من أهل العلم:

قال ابن الملقن في التوضيح شرح الجامع الصحيح: «وهي مجمع عليها»[٢].

وجاء في التاج والإكليل: «لم يختلف في جواز الحوالة»[٣].

وقال الماوردي: «الأصل في جواز الحوالة السنة والإجماع»[٤].

---

(١) البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤).

(٢) التوضيح لشرح الجامع الصحيح (١٥/ ١٠٩).

(٣) التاج والإكليل (٥/ ٩٠).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٧).

وقال النووي: «أصلها مجمع عليه»[١].

وقال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة»[٢].

وحكى الإجماع ابن مفلح في المبدع، والبهوتي في شرح منتهى الإرادات[٣].

وأما دليل الحوالة من القياس:

قياس الحوالة على الكفالة (الضمان) بجامع أن كلًا منهما فيه التزام عن الغير[٤].



(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٢٨).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٦).

(٣) المبدع (٤/ ٢٧٠)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٤).

(٤) انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٠).

الفصل الثاني
في الحكم التكليفي للحوالة

(ح-٦٦٠) الأصل في الحوالة ما رواه الشيخان من طريق مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: **مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**[(١)].

فأمر رسول الله ﷺ بالإتباع إذا أحيل على مليء، واختلف العلماء هل الأمر للوجوب، أو للندب، أو للإباحة؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

الأمر للإباحة، وهو مذهب الحنفية، واختاره بعض المالكية، وبعض الشافعية[(٢)].

قال الشلبي في حاشية تبيين الحقائق: «أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب، وعن أحمد للوجوب، والحق الظاهر أنه أمر إباحة»[(٣)].

وقال القاضي عياض: «معظم شيوخنا حملوا قوله (فليتبع) على الندب. وقد ذهب بعضهم إلى أنه على الإباحة»[(٤)].

---

(١) البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤).

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٧١)، فتح القدير (٧/ ٢٣٩)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، إكمال المعلم بفوائد مسلم (٥/ ٢٣٤)، البهجة شرح التحفة (٢/ ٥٥)، الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).

(٣) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٧١).

(٤) إكمال المعلم بفوائد مسلم (٥/ ٢٣٤).

وقال الماوردي: «أما الخبر فمحمول على الإباحة؛ لأنه وارد بعد حظر، وهو نهيه عن بيع الدين بالدين»[١].

❑ وجه القول بالإباحة:

الأصل في المعاوضات الإباحة، فكذلك نقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى مباح مثله، فإذا أمر الشارع بأمر مباح كان ذلك دليلًا على الجواز، وليس على الاستحباب.

ولأن المحال عليه وإن كان مليئًا فإما أن تعلم حاله في المطالبة أولا تعلم.

فإن جهلت حاله كان الأمر بالاتباع أمر إباحة؛ لأنه قد يكون مليئًا ولكنه مماطل يعسر معه أخذ الحق منه، ومثل هذا لا يأمر الشارع باتباعه، فلما جهل حاله كان الأمر للإباحة.

وإن علم حاله، فإن كان لدودًا في الخصومة لم يأمر الشارع باتباعه؛ لأن مثل هذا تكثير للخصومة وليس قطعًا لها.

وإن علم منه حسن القضاء استحب اتباعه، ولما كان هذا التفصيل لا يمكن إضافته إلى النص كان الأمر المطلق في الحديث محمولًا على الجواز، والله أعلم.

قال ابن الهمام: «والحق الظاهر أنه أمر إباحة، وهو دليل جواز نقل الدين شرعًا أو المطالبة به، فإن بعض الأملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة، فمن علم حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم، وأما من علم منه الملاءة وحسن

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).

القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه، ومن لا يعلم حاله فمباح، لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص؛ لأنه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الأمر في إطلاق واحد، فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد، وإلا فهو دليل الجواز؛ للإجماع على جوازها دفعًا للحاجة»[١].

ويناقش:

بأن اشتراط القبول بأن يكون المحال عليه مليئًا، وهذا الشرط يستوعب كل هذه التفاصيل التي أشار إليها ابن الهمام.

فقد فسر الإمام أحمد المليء: هو من كان مليئًا بماله وقوله وبدنه[٢].

فكونه مليئًا بماله: أخرج بذلك المعسر، فإن كان المحال عليه معسرًا لم يكن مأمورًا بالإتباع..

وكونه مليئًا بقوله: أخرج الكذاب والمماطل، فإذا كان المحال عليه لدودًا في الخصومة، عسرًا في القضاء لم يؤمر بالإتباع.

وكونه مليئًا ببدنه بحيث يمكن إحضاره عند المحاكمة إلى مجلس الحكم، فإن كان لا يمكن إحضاره للمحاكمة شرعًا كالأب، أو لا يمكن عادة كالسلطان لم يكن مأمورًا بالإتباع، فتبين أن تفصيل الحنفية يمكن إضافته للنص، فبقي الأمر فيها ليس على الإباحة؛ لأن المباح على التخيير وليس مأمورًا به، ويبقى دائرًا بين الوجوب والاستحباب، والله أعلم.

---

(١) فتح القدير (٧/ ٢٣٩).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٩)، الإنصاف (٥/ ٢٢٢).

القول الثاني:

الأمر في الحديث للاستحباب.

وهذا مذهب المالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.

ونسبه ابن عبد البر لأكثر الفقهاء، وقال ابن حجر والعيني: هو قول الجمهور(١).

قال ابن الملقن: «مذهب الشافعي وغيره أنه إذا أحيل على مليء استحب له قبول الحوالة، وحملوا الحديث على الندب؛ لأنه من باب التيسير على المعسر»(٢).

وأجاب الجمهور بأن الصارف له عن الوجوب إلى الندب:

أولًا: أنه راجع إلى مصلحة دنيوية لما فيه من الإحسان إلى المحيل بتحصيل مقصوده من تحويل الحق عنه، وترك تكليفه التحصيل، والإحسان مستحب.

قال القرطبي: «وهذا الأمر عند الجمهور محمول على الندب؛ لأنه من باب المعروف والتيسير على المعسر»(٣).

ثانيًا: أن الأمر فيه معنى المعاوضة، من مبادلة دين بدين، وإذا كان أصل المعاوضة ليس واجبًا فكذلك ما في معناها.

قال الأنصاري: «الأمر فيها للندب، وصرفه عن الوجوب: القياس على سائر المعاوضات»(٤).

---

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٦٦، ٦٧)، التمهيد لابن عبد البر (١٨/ ٢٩٠)، إكمال المعلم بفوائد مسلم (٥/ ٢٣٤)، طرح التثريب (٦/ ١٤١)، فتح الباري (٤/ ٤٦٥)، عمدة القارئ (١٢/ ١١١).

(٢) التوضيح لشرح الجامع الصحيح (١٥/ ١١٦).

(٣) المفهم للقرطبي (٤/ ٤٣٩).

(٤) الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٣/ ١٤٤).

وقال القاضي عياض: «ولأن أحدًا لا يجبر على بيع سلعته، وهذا مَلَكَ ثمنه في هذه الذمة، فلا يجبر على بيعه بذمة أخرى»[١].

وقال القرطبي: «ملك الذمم كملك الأموال، وقد أجمعت الأمة على أن الإنسان لا يجبر على المعاوضة بشيء من ملكه بملك غيره، فكذلك الذمم»[٢].

وقال الماوردي: إذا كان «نقله إلى العين لا يلزم إلا بالتراضي فنقله إلى الذمة أولى ألا يلزم إلا بالتراضي؛ لأنه بنقله إلى عين أخرى قد وصل إلى حقه، وبنقله إلى ذمة أخرى لم يصل إلى حقه»[٣].

ثالثًا: أن الحوالة مستثناة من منهي عنه، وهو بيع الدين بالدين، والأمر بعد النهي يكون للإباحة والندب على المرجح في الأصول[٤].

وسوف يأتي إن شاء الله تعالى بحث مستقل في توصيف الحوالة من الناحية الفقهية، ونناقش فيه: هل عقد الحوالة عقد إرفاق أو بيع دين بدين، أو استيفاء للحق في المبحث التالي، فانظره مشكورًا.

القول الثالث:

الأمر في الحديث للوجوب، وهو المشهور من مذهب الحنابلة، وهو مذهب الظاهرية، وبه قال أبو ثور[٥].

---

(١) إكمال المعلم (٥/ ٢٣٤).
(٢) المفهم (٤/ ٤٣٩).
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).
(٤) انظر شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٤١٢).
(٥) المغني (٤/ ٣٣٩)، المحلى، مسألة (١٢٢٧).

واستدلوا على ذلك:

الدليل الأول:

قوله ﷺ: (فليتبع) هذا أمر، والأصل في الأمر الوجوب. لقوله ﷺ: **لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة.**

فترك الأمر خشية المشقة، وبقي الاستحباب.

ويناقش:

نسلم أن الأصل في الأمر الوجوب، وقد قال الأصوليون بأن الأمر يصرف عن الوجوب إلى الاستحباب لأدنى صارف، وقد ذكرنا ثلاثة صوارف للأمر عن الوجوب إلى الاستحباب.

الدليل الثاني:

أن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه أو بوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض، فلزم المحال القبول.

ويناقش:

بأن المحال عليه ليس وكيلًا نائبًا عن المحيل، بل سيتحول المحال عليه إلى أصيل في الدين والمطالبة، ويبرأ المحيل بمجرد الحوالة، وهذا ليس شأن الوكالة.

❑ **الراجح:**

القول بأن الأمر للاستحباب، والله أعلم.



المبحث الثالث
التوصيف الفقهي لعقد الحوالة

قال القرافي: **الحوالة تحويل الحق، وليس بتبديل... لأن تبديل الدين بالدين لا يجوز، ولأن اسم الحوالة من التحويل، لا من التبديل**(١).

[م-١١٠٠] اختلف الفقهاء في توصيف عقد الحوالة إلى ثلاثة أقوال:

منهم من يرى أنها من قبيل البيع، ومنهم من يرى أنها عقد إرفاق ومعونة، ومنهم من يرى أنها استيفاء. وإليك بيان الأقوال منسوبة إلى أصحابها.

القول الأول:

أن الحوالة عقد إرفاق ومعونة.

وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

أما الحنفية فهم يرون صحة الحوالة ولو كان المحال عليه ليس مدينًا للمحيل، وبهذا يعلم أن الحوالة عند الحنفية ليست معاوضة؛ إذ لو كانت بيعًا لم تصح على من لا دين عليه لعدم الاعتياض(٢).

بل صرح ابن الهمام في فتح القدير بأن الحوالة لا يقصد منها المعاوضة، فهي كالقرض(٣).

---

(١) الذخيرة (٩/ ٢٤٩، ٢٥٠).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٠٨).

(٣) فتح القدير (٧/ ٢٤٥).

وجاء في العناية شرح الهداية: «البيع معاوضة من كل وجه، والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش، فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه، وبرأس مال السلم، ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالًا بالمسلم فيه، وبرأس المال، وهو لا يصح»[١].

وأما المالكية فهم وإن صرح بعضهم بأن الحوالة من باب بيع الدين بالدين إلا أن هذا لا يعني أن الحوالة عندهم خرجت عن الإرفاق والإحسان.

فابن رشد الذي يقول في بداية المجتهد: «الحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين»[٢].

يقول في الكتاب نفسه: «وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط:...

الثاني: أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر، والصفة؛ لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعًا، ولم يكن حوالة فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين»[٣].

فقوله: (كان بيعًا ولم يكن حوالة) صريح في التفريق بين البيع والحوالة.

وجاء في البهجة شرح التحفة: «قال عياض: الأمر فيها للندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت بيع الدين بالدين»[٤].

فقوله: لما أشبهت دليل على أنها تشبه الشيء وليست هي الشيء نفسه.

وقال فيها أيضًا: «وهي عند شيوخنا مستثناة من الدين بالدين... كما خصت

(١) العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٩).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٤).
(٣) المرجع السابق (٢/ ٢٢٥).
(٤) البهجة شرح التحفة (٢/ ٥٥).

الشركة والتولية والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه.. لما كان سبيل هذه التخصيصات المعروف»[١].

فهذا النص دليل على أن المالكية اعتبروها من باب بيع الدين بالدين في الصورة، وليس في الحقيقة، كما يقال عن عقد القرض إرفاق في الابتداء معاوضة في الانتهاء وإن كان هذا في الصورة فقط، وهذا ما اقتضاه نص البهجة لأمرين:

الأول: أنه جعل حكمها حكم التولية والإقالة في بيع الطعام قبل قبضه.

وقد ذهب مالك وربيعة، وطاووس[٢]، إلى أن عقد التولية من عقود الإرفاق، ويقصد بها المعروف كالإقالة، ولهذا ذهب الإمام مالك إلى جواز بيع الطعام تولية قبل قبضه، مع أن المالكية يشددون في المنع من بيع الطعام قبل قبضه[٣].

واستدل المالكية على جواز بيع الطعام تولية قبل قبضه بأثر، ونظر

(ح-٦٦١) أما الأثر، ما رواه أبو داود في مراسيله، قال: حدثنا محمد بن إبراهيم البزار، حدثنا منصور بن سلمة، حدثنا سليمان ابن بلال، عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن.

قال سعيد بن المسيب في حديث يرفعه كأنه إلى النبي ﷺ: لا بأس بالتولية

---

(١) المرجع السابق.

(٢) روى عبد الرزاق في المصنف (١٤٢٥٧) قال: أخبرنا معمر، عن ابن طاووس، عن أبيه، قال: لا بأس بالتولية، إنما هو معروف. وإسناده صحيح.

ورواه ابن أبي شيبة (٤/ ٣٨٤) حدثنا معتمر بن سليمان، عن معمر به.

(٣) المدونة (٤/ ٨٠)، بداية المجتهد (٢/ ١١٠)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٧٣)، المنتقى (٤/ ١٦٩)، الفروق للقرافي (٣/ ٢٨٣).

في الطعام قبل أن يستوفى، ولا بأس بالإقالة في الطعام قبل أن يستوفى، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوفى[(١)].

[مرسل][(٢)].

وأما النظر، فقد قال ابن رشد في بداية المجتهد: «إن هذه إنما يراد بها الرفق، لا المغابنة»[(٣)].

وإذا كان يراد بها الرفق خرجت عن البيع، وإذا كانت الحوالة مقيسة على التولية والإقالة كانت الحوالة يراد بها الرفق كذلك.

الثانية: أنه نص على أن سبيل الحوالة والتولية والإقالة المعروف، ومعلوم أن البيع ليس سبيله المعروف، وإنما يقوم على المكاسبة.

جاء في التاج والإكليل: «وهي في الحقيقة بيع دين بدين، فاستثنيت منه؛ لأنها معروف».

فإذا كانت خرجت من بيع الدين بالدين؛ لأنها معروف فهي خرجت لمعنى، وهو كون العقد يراد به المعروف، والمعاوضة ليست من المعروف.

وكل ما قال المالكية بأن العقد يراد به المعروف فإنه لا يعتبر بيعًا عندهم.

يقول الباجي: «مقتضى البيع المغابنة، والمكايسة»[(٤)].

---

(١) مراسيل أبي داود (١٩٨).

(٢) في إسناده محمد بن إبراهيم البزاز، قال فيه الحافظ: ثقة (إن كان ابن جناد) أو صدوق صاحب حديث يهم (إن كان أبا أمية) أو ثقة حافظ (إن كان مربعا)، كما أنه من المراسيل، وإن كانت مراسيل سعيد من أحسن المراسيل إلا أن المرسل ضعيف، ثم إنه مخالف للأحاديث الصحيحة التي تنهى عن بيع الطعام حتى يستوفى من دون استثناء للتولية، أو الشركة، أو غيرهما.

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١١٠).

(٤) المنتقى للباجي (٤/ ٢٨٧، ٢٨٨).

وقال ابن رشد في بداية المجتهد: «العقود تنقسم أولا إلى قسمين:

قسم يكون بمعاوضة.

وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات.

والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: يختص بقصد المغابنة والمكايسة، وهي البيوع، والاجارات، والمهور، والصلح، والمال المضمون بالتعدي وغيره.

والقسم الثاني: لا يختص بقصد المغابنة، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض.

والقسم الثالث: فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا.

أعني على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة، والإقالة والتولية. . .وأما العقود التي تتردد بين قصد الرفق والمغابنة، وهي التولية والشركة والإقالة.

فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة، أو التولية بزيادة، أو نقصان، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز (يعني التولية والشركة) قبل القبض وبعده. . .

فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى البيع المنهي عنه، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر والمعنى، ثم ساق أثر سعيد بن المسيب المتقدم ذكره في باب التولية.

وأما من طريق المعنى، فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغابنة، إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان»[١].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١١٠).

فقول ابن رشد: «أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة، وهي البيوع» دليل على أن البيع لا يقصد به الإرفاق والمعروف بخلاف الحوالة.

وأجاز المالكية الزيادة اليسيرة في مبادلة الدرهم والدنانير بمثلها إذا كان ذلك عن طريق العدد، فإذا عمل به على العدد جوز يسير الوزن زيادة على سبيل المعروف ما لم يكن في ذلك وجه من المكايسة والمغابنة، فيمنع منه[١].

فظهر بذلك أن المالكية لا يرون أن عقد الحوالة بيع حقيقة، وإن كانت الحوالة في الصورة مبادلة دين بدين.

وإذا تحرر هذا من مذهب المالكية فإن القول بأن عقد الحوالة من عقود الإرفاق هو أحد الوجهين في مذهب الشافعية، والمشهور من مذهب الحنابلة.

جاء في أسنى المطالب: «الحوالة ليست على حقيقة المعاوضات، وإنما هي معاوضة إرفاق جوزت للحاجة، فاعتبر فيها الإرفاق كما في القرض»[٢].

وجاء في الحاوي: «اختلف أصحابنا هل هي بيع، أو عقد إرفاق ومعونة؟ على وجهين: . . . والوجه الثاني: أنها عقد معونة وإرفاق؛ لأنها تخرج من البيوع بما يتعلق بها من الأحكام»[٣].

وقال ابن قدامة: «والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه، ليس بمحمول على غيره؛ لأنها لو كانت بيعًا لما جازت، لكونها بيع دين بدين، ولما جاز التفرق

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٥٩).
(٢) أسنى المطالب (٢/ ٢٣١).
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٠).

قبل القبض؛ لأنه بيع مال الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع كله»[(١)].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وهي عقد إرفاق منفرد بنفسه، ليس محمولًا على غيره»[(٢)].

❑ دليل من قال: الحوالة عقد إرفاق:

الدليل الأول:

أن الحوالة لا خيار فيها، ولو كانت بيعًا لدخلها خيار المجلس.

ويناقش:

بأن القائلين بأنها بيع لا يمنعون من دخول خيار المجلس؛ لأن خيار المجلس موضوع لاستدراك الغبن في عقود المعاوضات.

الدليل الثاني:

لا تصح الحوالة بلفظ البيع، ولو كانت الحوالة بيعًا لصحت بلفظه.

ونوقش هذا:

بأن هذه المسألة فيها خلاف، وسيأتي تحرير الخلاف فيها إن شاء الله تعالى.

الدليل الثالث:

نص المالكية[(٣)]، والشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)] على اشتراط تساوي الدينين

---

(١) المرجع السابق (٤/ ٣٣٦).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٥٦).

(٣) القوانين الفقهية (ص٢١٥)، مواهب الجليل (٥/ ٩٣)، منح الجليل (٦/ ١٨٨).

(٤) إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣١).

(٥) الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، المبدع (٤/ ٢٧٢).

قدرًا وصفة، وعقد البيع لا يشترط فيه ذلك، فيجوز الاعتياض عن الدين بجنسه و بغير جنسه كما جاء في حديث ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير[(١)]، إلا أنه في حال كانت المعاوضة من جنس الدين وكان المال ربويًا اشترط فيه شرطان، هما التماثل والتقابض، وفي حال اختلف الجنس لا يشترط التماثل، فيجوز التفاضل ويشترط التقابض، ولا يصح أن يربح فيه، بل يجب أن يأخذه بسعر يومه حتى لا يربح فيما لم يضمن، فلما اشترط في الحوالة تساوي الدينين جنسًا، وقدرًا وصفة كان ذلك من أجل ألا تكون الحوالة معاوضة. وهذا من أقوى الأدلة.

القول الثاني:

الحوالة من قبيل البيع، وبه قال بعض المالكية كما سبق في القول الأول، وأصح الوجهين في مذهب الشافعية، وبعض الحنابلة[(٢)].

ثم اختلفوا في توصيف هذا البيع، فقيل: بيع دين بدين وهذا أصحها.

وقيل: بيع عين بعين. وقيل: عين بدين، وقيل غير ذلك.

قال ابن الملقن: «والأصح عندنا أنها بيع دين بدين استثني للحاجة»[(٣)].

قال في الحاوي: «اختلف أصحابنا هل هي بيع أو عقد إرفاق ومعونة؟ على وجهين:

---

(١) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٥)، الذخيرة (٩/ ٤٢٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٦١)، المغني (٤/ ٣٣٦).

(٣) التوضيح لشرح الجامع الصحيح (١٥/ ١٠٩).

أحدهما: وهو ظاهر نص الشافعي في كتاب السلم أن الحوالة بيع؛ لأن المحتال قد عاوض على ذمة بذمة»[١].

وقال السيوطي: «في حقيقتها عشرة أوجه أصحها بيع دين بدين جوز للحاجة»[٢].

وجاء في حاشية قليوبي وعميرة: «فهي بيع دين بدين في الأصح جوزها الشارع للحاجة»[٣].

❑ وجه القول بأن الحوالة بيع:

حقيقة الحوالة: هي تحول من دين إلى دين، فهي من باب بيع الدين بالدين، لأن كل واحد منهما ملك بها ما لم يملكه من قبل، فكأن المحيل باع المحتال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته، فهي مبادلة مال بمال على سبيل التمليك، وهذا هو حقيقة البيع.

وأجيب على هذا:

قول الشافعية بأنه بيع دين بدين لا يناقض عندهم أنها عقد إرفاق ومعروف، فهي عندهم بمنزلة القرض، صورتها مبادلة مال بمال، فهي معاوضة، والقصد منها الإرفاق والإحسان، فلم تطبق عليها أحكام المعاوضات من وجوب التقابض بين المالين الربويين.

جاء في البيان للعمراني: «ولا تصح الحوالة إلا إذا كان الحقان من نوع لجنس واحد لما ذكرناه في الجنس، فإن كان له على رجل ألف درهم صحاح،

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٠).

(٢) الأشباه والنظائر (ص٤٦١).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٨).

فأحاله بها على من له عليه ألف درهم مكسرة، أو كان بالعكس من ذلك لم تصح الحوالة؛ لأن الحوالة في الحقيقة بيع دين بدين، وبيع الدراهم بالدراهم صرف من شرطه القبض في المجلس إلا أنه جوز تأخير القبض في الحوالة؛ لأنه عقد إرفاق ومعروف، فإذا دخل فيه الفضل سار بيعًا وتجارة، وبيع الدين بالدين لا يجوز، ألا ترى أن القرض في الحقيقة صرف؛ لأنه يعطي درهما بدرهم، وكنا جوزنا تأخير القبض فيه؛ لأنه إرفاق»[1].

فأنت ترى في هذا النص أنه مع جزم العمراني بأن حقيقة الحوالة بيع دين بدين، فهو يجزم أيضًا بأنها عقد إرفاق ومعروف، وشبه عقد الحوالة بعقد القرض. وبهذا نفهم أن القول بأنها بيع دين بدين مأخوذ من المبادلة الحاصلة وانتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ولا يعني هذا أن المبادلة في الحوالة تأخذ حكم البيع المطلق، فلا يحق لهما في عقد الحوالة تغيير جنس الدين أو نوعه، أو مقداره أو صفته بخلاف بيع الدين إذا قصد به البيع المطلق طبق عليه أحكام البيوع، وليس أحكام الإرفاق والمعروف، والله أعلم.

ويقول العمراني أيضًا: «اختلف أصحابنا في الحوالة هل هي بيع، أو رفق؟ على وجهين: . . .

الوجه الثاني: منهم من قال: إن الحوالة بيع، إلا أن البيع ضربان، ضرب بلفظ البيع، فيدخله الربح والفضل والمغابنة، وضرب منه بغير لفظه، فيكون القصد منه الرفق، فلا يدخله الفضل والمغابنة؛ ولأنها تقتضي التمليك كالبيع؛ لأن المحيل يملك المحتال ما له في ذمة المحال عليه إلا أنهما اختلفا في الاسم ليعرف به المطلوب من كل واحد منهما.

---

(١) البيان للعمراني (٦/ ٢٨٣).

فإذا قلنا: إنها رفق لم يدخلها خيار المجلس كالقرض. وإذا قلنا: إنها بيع دخلها خيار المجلس كالصرف، وأما خيار الثلاث - يعني خيار الشرط - فلا يدخلها بالإجماع»[١].

فانظر كيف اعتبر العمراني بأنها بيع قصد منه الإرفاق، فإذا كان هذا هو القصد منه فقد خرجت عن حكم البيع، والله أعلم.

القول الثالث:

الحوالة من باب استيفاء الحق، وليست بيعًا. وهذا اختيار ابن تيمية وابن القيم.

قال ابن تيمية: «الحوالة من جنس إيفاء الحق، لا من جنس البيع، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي له في ذمة المحيل، ولهذا ذكر النبي ﷺ الحوالة في معرض الوفاء، فقال في الحديث الصحيح: مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع. فأمر المدين بالوفاء، ونهاه عن المطل، وبين أنه ظالم إذا مطل، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على مليء»[٢].

وقولنا: الحوالة بمعنى الاستيفاء، المراد أن المحال بقبوله الحوالة، يكون قد استوفى دينه من المحيل حكمًا، بدليل أن المحيل تبرأ ذمته من الدين بمجرد الحوالة، بحيث لا يرجع عليه المحال بحال، ولهذا اعتبر الفقهاء الحوالة بمنزلة القبض وإلا فالحوالة بمجردها لا يحصل بها استيفاء من المحال عليه حقيقة، والله أعلم.

---

(١) البيان للعمراني (٦/ ٢٨٧، ٢٨٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥١٣)، وانظر إعلام الموقعين (٢/ ١٠).

ونوقش هذا:

لو كانت الحوالة استيفاء لوجبت على المحال بدون رضاه، ولما توقفت على الإيجاب والقبول، وهذا كالمطروح عند جماهير العلماء.

ورد هذا:

بأن القائلين بأنها استيفاء كالحنابلة لا يرون رضا المحال شرطًا في الحوالة إذا كان على مليء، فالحوالة لا تفتقر إلى قبول من المحال عندهم، والله أعلم.

❑ القول الراجح:

ثمرة الخلاف بين القول بأنها بيع أو أنها عقد إرفاق أو استيفاء:

على القول بأنها بيع يدخل فيها خيار المجلس ويصح اشتراط الرهن والضمان فيها، ولا تصح الحوالة إلا إذا كان المحال عليه مدينًا للمحيل.

وعلى القول بأنها عقد إرفاق أو استيفاء لا يدخلها شيء من ذلك[(١)].

والذي أميل إليه أن عقد الحوالة ليست من عقود البيع؛ لأن لفظ الحوالة يشعر بالتحول، ولا يشعر بالبيع، ولا يقصد منه الربح والتكسب، بل يقصد منها التيسير على المدين بنقله من ذمته إلى ذمة أخرى، وعمدة القائلين بأنها بيع بأن فيها مبادلة مال بمال يقصد منه التملك، وهذا لا يكفي فالقرض فيه مبادلة مال بمال ويقصد فيه التملك، وليس بيعًا، ولا يجوز فيه التكسب بالإجماع، فالحوالة تشبه البيع، وليست بيعًا، وتشبه الوكالة، وليست وكالة، وتشبه الكفالة (الضمان) وليست ضمانًا، فأرى أنها عقد مستقل بنفسه له أحكام متنوعة، يختلف عما سواه من العقود، وأقرب الأقوال أنها عقد إرفاق وإحسان، والله أعلم.

---

(١) انظر الحاوي (٦/ ٤٢٠).

الباب الثاني
في أركان الحوالة

أركان الحوالة هي أركان العقد، والخلاف في أركان الحوالة كالخلاف في أركان العقد:

[م-١١٠١] فالعلماء متفقون على اعتبار الصيغة من أركان الحوالة.

[م-١١٠٢] واختلفوا في غير الصيغة.

فذهب الحنفية إلى اعتبار الصيغة وحدها ركنًا فقط(١).

وزاد الجمهور على الصيغة أطراف الحوالة، من محيل، ومحال، ومحال عليه.

وكذا الدين: المحال به، والدين المحال عليه(٢).

جاء في الشرح الصغير: «وأركانها خمسة:

محيل: وهو من عليه الدين.

ومحال: وهو من له الدين.

ومحال عليه: وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول.

ومحل به: وهو الدين الممثل.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٥)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٤)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٨).

(٢) الشرح الصغير ومعه حاشية الصاوي (٣/ ٤٢٣، ٤٢٤)، مواهب الجليل (٥/ ٩١)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٩)، حاشية الجمل (٦/ ٣٧١)، وانظر الموسوعة الكويتية (١٨/ ١٨٠).

وصيغة تدل على التحول والانتقال، ولو بإشارة أو كتابة»[١].

وسبب الاختلاف:

أن الحنفية يرون أن الركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءًا داخلًا في حقيقته، وهذا خاص في الإيجاب والقبول، أما العاقدان والمعقود عليه فهي من لوازم العقد، وليست جزءًا من حقيقة العقد، وإن كان يتوقف عليها وجوده.

بينما الجمهور يرون أن الركن: ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره عقلًا، سواء أكان جزءًا من حقيقته أم لم يكن، ووجود العقد يتوقف على العاقدين والمعقود عليه، وإن لم يكن هؤلاء جزءًا من حقيقته.

ومذهب الحنفية أجود، وأدق، والجمهور لا يطردون في تحديد الأركان، فاللوازم تارة يعتبرونها من الأركان، وتارة لا يدخلونها، فهم يجعلون الفاعل ركنًا في مثل عقد البيع والنكاح، ولا يجعلونه ركنًا في العبادات كالصلاة والحج، وإن كان لا يتصور قيام الحج والصلاة بدون فاعل.

قال في المصباح المنير: «والفرق عسر...»[٢].



(١) الشرح الصغير ومعه حاشية الصاوي (٣/ ٤٢٣، ٤٢٤).

(٢) المصباح المنير (ص٢٣٧).

الباب الثالث
في شروط الحوالة

الشرط الأول
في شروط الصيغة (الإيجاب والقبول)

ذكرت في الباب الثالث من عقد البيع أحكام الصيغة (الإيجاب والقبول).

وأحكام الإيجاب والقبول في عقد البيع لا تختلف عن أحكام الإيجاب والقبول في سائر العقود اللازمة.

وقد تعرضت فيها لشروط الإيجاب والقبول، ولرجوع الموجب، وهل يشترط تقدم الإيجاب على القبول؟ وفي مبطلات الإيجاب.

كما تعرضت لأحكام الصيغة في جملة من الأحكام كالخلاف في تحديد الإيجاب والقبول.

وانقسام الإيجاب والقبول إلى صريح وكناية، وإلى صيغة قولية، وفعلية.

وتكلمت عن الصيغة القولية للإيجاب والقبول في صيغه المختلفة كصيغة الماضي، والمضارع، والأمر، والجملة الاسمية، وفي القبول بكلمة (نعم).

وتكلمت عن الصيغة الفعلية كالإيجاب والقبول بالمعاطاة، والخلاف الفقهي في اعتبارها، وفي الإيجاب والقبول عن طريق الإشارة والكتابة، وعن صيغ الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال الحديثة، وفي صدور الإيجاب والقبول من طرف واحد، وفي الإيجاب والقبول الصوري كبيع التلجئة، والهازل في البيع.

وبينت مواضع الاتفاق ومواضع الخلاف في كل هذه المسائل، مع بيان

الراجح فيها، وما بينته في عقد البيع يجري على عقد الحوالة، ويغني عن تكراره هنا، والحمد لله وحده.

وما بقي من المباحث الخاصة المتعلقة بصيغة الحوالة نبحثه في المباحث التالية إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول
في اشتراط القبول في عقد الحوالة

[م-١١٠٣] اختلف الفقهاء في اعتبار القبول شرطًا في انعقاد الحوالة على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنابلة بأن الحوالة تنعقد بمجرد إيجاب المحيل إذا كانت على مليء، ولا تحتاج إلى قبول؛ لأنهم لا يرون رضا المحال، ولا رضا المحال عليه.

جاء في مجلة الأحكام الشرعية: «تنعقد الحوالة بمجرد إيجاب المحيل، ولا تحتاج إلى قبول أو رضى من المحتال، ولا المحال عليه»[(١)].

وسيأتي إن شاء الله ذكر دليلهم في مبحث مستقل بعنوان حكم قبول الحوالة، فانظره هناك مشكورًا.

القول الثاني:

ذهب الجمهور إلى أن الحوالة لا تنعقد إلا بإيجاب وقبول.

[م-١١٠٤] واختلف القائلون باشتراط القبول لانعقاد الحوالة، من المعتبر قبوله؟ على قولين:

القول الأول:

يرى الحنفية بأن الحوالة الناجزة تنعقد بإيجاب وقبول صادرين من أطراف الحوالة: المحيل، والمحال، والمحال عليه[(٢)].

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية، مادة (١١٦٥).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٦٨)، بدائع الصنائع (٦/ ١٥).

وقد يجري الإيجاب والقبول بين اثنين من أطرافها الثلاثة إلا أنها في غالب صورها لا تنعقد ناجزة، وهذه صورها:

الصورة الأولى:

أن يجري الإيجاب والقبول بين المحيل والمحال بغيبة المحال عليه.

حكمها: تنعقد موقوفة على إجازته، فإن قبلها صحت، وإلا بطلت.

جاء في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: «الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له للمحال عليه، إذا قبل المحال عليه تكون صحيحة، وتامة، وإن لم يقبل تكون باطلة»(١).

الصورة الثانية:

أن يجري الإيجاب والقبول بين المحال والمحال عليه بغيبة المحيل.

حكمها: تنعقد ناجزة، ولا تتوقف على رضا المحيل خلافًا للقدوري من الحنفية.

جاء في الجوهرة النيرة: «وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه؛ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، وهو لا يتضرر به، بل فيه منفعة؛ لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره»(٢).

وجاء في الفتاوى الهندية: «فأما رضا من عليه الدين وأمره فليس بشرط لصحة الحوالة»(٣).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٥).

(٢) الجوهرة النيرة (١/ ٣١٧).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٥).

وقد عقدت مبحثًا خاصًا في مناقشة اشتراط رضا المحيل، فانظره مشكورًا.

الصورة الثالثة:

أن يجري الإيجاب والقبول بين المحيل والمحال عليه بغيبة المحال.

حكمها: اختلف الحنفية في حكمها:

فقيل: تنعقد موقوفة على إجازة المحال، فاتحاد المجلس ليس شرطًا في انعقادها، بل هو شرط في نفاذها، وهذا قول أبي يوسف.

وقيل: لا تنعقد أصلًا، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن؛ لأن قبول المحال في المجلس شرط انعقاد عندهما. وهو المصحح في المذهب.

جاء في البحر الرائق: «لو كان المحتال غائبًا عن المجلس، فبلغه الخبر، فأجاز، لم ينعقد عندهما، خلافًا له - يعني أبا يوسف - والصحيح قولهما»[(١)].

وسيأتي الكلام على اشتراط المجلس، وبيان دليله إن شاء الله تعالى.

القول الثاني:

ذهب المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة إلى أن الحوالة لا تنعقد إلا بإيجاب وقبول بين المحيل والمحال فقط دون المحال عليه، وإن اشترط المالكية حضور المحال عليه، وإقراره بالدين إلا أنهم لا يشترطون رضاه. وسيأتي ذكر أدلتهم حين الكلام على شرط الرضا، أسأل الله وحده عونه وتوفيقه.

❏ الراجح:

الصحيح أن القبول شرط لانعقاد الحوالة، فمذهب الحنابلة بأنها تنعقد بإيجاب وحده قول مرجوح كما بينت ذلك في حكم قبول الحوالة.

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٦٨).

ويبقى الترجيح بين مذهب الحنفية من جهة القائلين باشتراط القبول من أطراف الحوالة الثلاثة: المحيل، والمحال، والمحال عليه، وبين مذهب المالكية والشافعية القائلين بأنه لا يعتبر قبول المحال عليه، وإنما تنعقد بإيجاب وقبول من المحيل، والمحال، وهذا هو الصواب؛ لأن المحال عليه ذمته مشغولة بالدين يؤديه لصاحبه، أو لمن يرتضيه إلا أن يكون هناك عداوة بين المحال والمحال عليه فهنا قد يكون اعتبار قبول المحال عليه من باب السياسة الشرعية، كما هو مذهب المالكية، والله أعلم.



المبحث الثاني
في اشتراط لفظ الحوالة

[م-١١٠٥] اختلف العلماء في اشتراط أن تكون الصيغة بلفظ الحوالة على قولين:

القول الأول:

لا يتعين في الصيغة لفظ الحوالة، بل يكفي ما يؤدي معناها، كنقلت الحق إلى فلان، أو جعلت ما استحقه فلان علي لك، أو ملكتك الذي عليه.

وهذا ما عليه جماهير أهل العلم، وهو إحدى القولين في مذهب المالكية، اختاره ابن رشد الجد، وظاهر كلام ابن عرفة[١].

جاء في البهجة في شرح التحفة: «وقع لابن رشد في البيان أنها تكون بلفظها، أو ما يقوم مقامه كخذ من هذا حقك، وأنا بريء من دينك، واستظهره الحطاب، وهو ظاهر قول ابن عرفة: الصيغة: ما دل على ترك المحال دينه من ذمة المحيل بمثله في ذمة المحال عليه»[٢].

وجاء في كشاف القناع: «وتصح الحوالة بلفظها، كأحلتك بدينك على فلان، أو معناها الخاص كأتبعتك بدينك على فلان، ونحوه؛ لدلالته على المقصود»[٣].

---

(١) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٦)، مواهب الجليل (٥/ ٩٢)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٣/ ١٤٤)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٣).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٦).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٣٨٣).

القول الثاني:

اختار بعض المالكية وبعض الشافعية اشتراط لفظ الحوالة في الصيغة، وهو ظاهر كلام خليل في مختصره.

قال الخرشي «من شروطها الصيغة، وظاهره أنه لابد من لفظها الخاص بها، قال أبو الحسن: وأن تكون بلفظ الحوالة»(١).

وجاء في البهجة في شرح التحفة: «قال في الشامل: وشرطها صيغة بلفظها أي الخاص بها، كأحلتك بحقك على فلان، أو أنت محال به عليه... وعليه لو قال: خذ حقك من هذا، أو يأمره بالدفع ليس بحوالة؛ لأنه يقول: ليس هذا احتيالًا بالحق، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي، وإنما الحوالة أن تقول: أحيلك بالحق على هذا، وهو نص سماع يحيى عن ابن القاسم... وعلى اشتراط الصيغة اقتصر ابن يونس واللخمي، وأبو الحسن والفشتالي في وثائقه، وأبو محمد صالح في شرح الرسالة وابن الفاكهاني»(٢).

وقال الغزالي: «وأما لفظ الحوالة فلابد منه»(٣).

والصحيح الأول، وإذا رجحنا أنه لا يتعين لفظ الحوالة في الصيغة فلابد أن تدل على انتقال الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بحيث يبرأ المحيل من الدين، ولا تلتبس بالوكالة.

قال ابن عرفة: «الصيغة ما دل على ترك المحال دينه من ذمة المحيل بمثله في ذمة المحال عليه...»(٤).

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي (٦/ ١٧).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٦).

(٣) الوسيط (٣/ ٢٢١).

(٤) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٦).

❑ وجه من قال: لا يشترط في الصيغة لفظ الحوالة:

الوجه الأول:

أن المعتبر في العقود المقاصد والمعاني، وليس الألفاظ والمباني، ولهذا اعتبر الحنفية أن الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة (ضمان)؛ لأنه لما أراد بالحوالة ضم ذمة إلى أخرى صار ذلك قرينة على أنه أراد حقيقة الضمان ولم يرد الحوالة.

واعتبر الحنفية أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة للقرينة نفسها، وهو أنه لما أراد بالكفالة براءة الأصيل صار العقد حقيقة في الحوالة[١].

قال الكاساني: «الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة معنى، وإن لم يأت بلفظ الحوالة»[٢].

واعتبر المالكية أن المحال عليه إذا لم يكن عليه دين للمحيل فهي حمالة (أي ضمان) سواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة[٣].

الوجه الثاني:

أن الحوالة عقد ينتقل بها الدين عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يكون ذلك إلا بيقين، وهو التصريح بلفظ الحوالة، أو ما ينوب منابه، مثل أن يقول له: خذ من هذا حقك، وأنا بريء من دينك، وما أشبه ذلك[٤].

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٥٣)، البحر الرائق (٨/ ٢٨٧).
(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠)، وانظر أيضًا (٢/ ٢٧٣).
(٣) المنتقى للباجي (٥/ ٦٨)، شرح ميارة (١/ ٣٣١)، شرح الخرشي (٦/ ١٧)، الذخيرة (٩/ ٢٥٣).
(٤) مواهب الجليل (٥/ ٩٢).

الوجه الثالث:

ولأنه إذا أتى بلفظ يحتمل الحوالة ويحتمل الوكالة كما إذا قال: خذ الذي لك علي من الدين الذي على فلان، فقال ابن القاسم: للمحال أن يرجع على المحيل، ويقول: إنما طلبت منه نيابة عنك، لا على أنها حوالة أبرأتك منها[١].

وعليه فلا بد في الصيغة أن يفهم منها أن ذمة المحيل قد برئت من الدين وأن الحق قد انتقل إلى المحال عليه بأي لفظ كان.

قال في الشرح الصغير: «أركانها خمسة... وذكر منها: «صيغة تدل على التحول والانتقال ولو بإشارة أو كتابة»[٢].

قال الصاوي شارحًا: «قوله: تدل على التحول: أي فلا يشترط أن يكون فيها لفظ الحوالة، وما اشتق منها خلافًا لمن يقول ذلك.

قوله: (ولو بإشارة أو كتابة) ظاهره أنها تكفي الإشارة أوالكتابة ولو من غير الأخرس، وهو المأخوذ من كلام ابن عرفة، وقال بعضهم: لا يكفيان إلا من الأخرس»[٣].

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي: «قال الماوردي والروياني: لو كتب له في ورقة بلفظ الحوالة، ووردت على المكتوب له لزمه أداؤها إذا اعترف بدين الكاتب، وأنه خطه، وأراد به الحوالة، وبدين المكتوب له، فإن أنكر شيئًا من ذلك لم يلزمه. ومن أصحابنا من ألزمه إذا اعترف بالكتاب والدين اعتمادًا على العرف، ولتعذر الوصول إلى الإرادة - يعني إرادة الحوالة -»[٤].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الشرح الصغير معه حاشية الصاوي (٣/ ٤٢٤).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٤٢٤).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣١١)، وانظر الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٨).

المبحث الثالث
في الحوالة بلفظ البيع

[م-١١٠٦] اختلف العلماء فيما إذا أحاله بلفظ البيع، هل تصح الحوالة؟

وقد تكلم على هذه المسألة الشافعية والحنابلة، ولهم فيها قولان:

القول الأول:

لا تنعقد الحوالة بلفظ البيع، ولو نوى بذلك الحوالة، وهذا هو المعتمد عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة[١].

❑ وجه ذلك:

أن لفظ البيع ليس صريحًا ولا كناية لعقد الحوالة.

ولأن الاعتبار في العقود عند الشافعية باللفظ لا بالمعنى.

جاء في حاشية البجيرمي: «ولابد في الإيجاب ألا يكون بلفظ البيع، وقياسه ألا يكون القبول بلفظ الشراء، فلو قال: اشتريت ما لك على زيد من الدين بما لي عليك لم يصح، وإن نوى به الحوالة»[٢].

وجاء في تحفة المحتاج: «المعتمد عدم الانعقاد بلفظ البيع»[٣].

---

(١) تحفة المحتاج (٥/ ٢٢٧)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧١)، المهذب (١/ ٣٣٨)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٤).

(٢) حاشية البجيرمي (٣/ ١٩).

(٣) تحفة المحتاج (٥/ ٢٢٧).

القول الثاني:

اختار بعض الشافعية انعقاد الحوالة بلفظ البيع إن نواها[١].

وذلك لأن الحوالة من قبيل بيع الدين بالدين على الصحيح من مذهب الشافعية، وإذا كان توصيف الحوالة على أنها بيع لم يمنع ذلك من انعقادها بلفظ البيع إذا نوى بذلك الحوالة، والله أعلم.

❑ الراجح:

أما الذي يرى أن عقد الحوالة ليس من قبيل البيع، وإنما هو عقد إرفاق ومعروف، أو استيفاء للحق فلا يرى صحة الحوالة بلفظ البيع؛ لأن الحوالة عقد غير البيع.

وأما من يرى أن الحوالة هي في حقيقتها بيع دين بدين رخص به للحاجة، فهل يقال: تجري بلفظ البيع؟

أو يقال: إنها لما استثنيت من بيع الدين بالدين صار لها شروط خاصة، منها اتفاق الدينين جنسًا ونوعًا وقدرًا، فلم تصح بلفظ البيع المطلق؛ لأن البيع المطلق للدين يشترط فيه تعيين أحد العوضين حتى لا يكون ذلك من باب بيع الدين بالدين، ويشترط القبض فيهما إن كان العوضان مما يجري فيهما ربا النسيئة، بينما الحوالة تجوز بدون هذين الشرطين، لهذا تعين أن يكون العقد بلفظ الحوالة أو ما يدل على معناها لا بلفظ البيع، هذا هو الصواب، وإن كان هذا لا يلغي أن الاعتبار في العقود للمقاصد والمعاني؛ لأن اللفظ إذا كان يؤدي إلى فساد المعنى وجب اجتنابه، ألا ترى أنه يجوز لك أن تقرض الرجل درهمًا

---

(١) حاشية الجمل (٣/ ٣٧١)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، المهذب (١/ ٣٣٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٨)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٢).

ليرد لك درهمًا إلى أجل، ولا يجوز بيع الدرهم بالدرهم إلى أجل، وإن كانت صورة المبادلة واحدة، ولا يحمل البيع على القرض، فكذلك إذا كان عقد الحوالة بلفظ البيع لا ينبغي أن يصح وليس هذا إلغاء للمعنى، وإنما لأن بيع الدين يشترط له شروط لا يشترط مثلها في عقد الحوالة، لهذا وجب استبعاد لفظ البيع عن عقد الحوالة، والله أعلم.





المبحث الرابع
انعقاد الحوالة بلفظ الكفالة

[م-١١٠٧] هل تنعقد الحوالة بلفظ الكفالة؟

هذه المسألة ترجع إلى مسألة سبق بحثها، هل يتعين في الصيغة لفظ الحوالة، أو يكفي ما يؤدي معناها، كنقلت الحق إلى فلان، أو جعلت ما استحقه فلان علي لك، أو ملكتك الذي عليه، وللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول:

تنعقد الحوالة بلفظ الكفالة إذا تضمن اللفظ معنى الحوالة، فقد صرح الحنفية أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة.

قال الكاساني: «الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة معنى، وإن لم يأت بلفظ الحوالة»[١].

لأنه لما أراد بالكفالة براءة الأصيل صار العقد حقيقة في الحوالة[٢].

واعتبر المالكية أن المحال عليه إذا لم يكن عليه دين للمحيل فهي حمالة (أي ضمان) سواء كانت بلفظ الحوالة، أو الحمالة[٣].

القول الثاني:

لا تنعقد الحوالة بلفظ الكفالة، وهذا قول من يشترط أن تكون الحوالة بلفظها.

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠)، وانظر أيضًا (٢/ ٢٧٣).

(٢) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٥٣)، البحر الرائق (٨/ ٢٨٧).

(٣) المنتقى للباجي (٥/ ٦٨)، شرح ميارة (١/ ٣٣١)، شرح الخرشي (٦/ ١٧)، الذخيرة (٩/ ٢٥٣).

قال الشيخ أبو الحسن الصغير من المالكية: من شرط الحوالة أن تكون بلفظ الحوالة[١]، وهو ظاهر كلام خليل في مختصره.

وقال الخرشي «من شروطها الصيغة، وظاهره أنه لابد من لفظها الخاص بها، قال أبو الحسن: وأن تكون بلفظ الحوالة».

وقال الغزالي: «وأما لفظ الحوالة فلابد منه»[٢].

والصحيح أن المعتبر في العقود المقاصد والمعاني، وليس الألفاظ والمباني، فإذا كان اللفظ يدل على الحوالة لفظًا أو معنى حمل على ذلك، ولا تعبد بصيغة معينة، والله أعلم.



(١) المرجع السابق.

(٢) الوسيط (٣/ ٢٢١).

الشرط الثاني
في اشتراط الرضا بعقد الحوالة

المبحث الأول
في اشتراط رضا المحيل

لن أتكلم عن الشروط التي تتعلق بأهلية المحيل؛ لأنه قد سبق لي في عقد البيع الكلام على أهلية العاقد على وجه التفصيل، وتكلمت عن أقسام الأهلية، وعن عقد الصبي والسفيه والمجنون، والسكران فأغنى ذلك عن إعادته هنا.

وسوف أتكلم في هذا الفصل عن اشتراط رضا المحيل.

[م-١١٠٨] فقد اختلف العلماء في اشتراط رضاه على قولين:

القول الأول:

يشترط رضا المحيل، وهو مذهب الجمهور، واشترطه القدوري من الحنفية، وحكي فيه الإجماع[١].

جاء في بدائع الصنائع: «ومنها - أي من الشروط - رضا المحيل، حتى لو كان مكرهًا على الحوالة لا تصح؛ لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات»[٢].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤١)، بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٠)، المفهم للقرطبي (٤/ ٤٤٠)، البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٣)، التلقين (٢/ ٤٤٣)، الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥)، الخرشي (٦/ ١٦)، مواهب الجليل (٥/ ٩١)، التاج والإكليل (٥/ ٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٣)، الحاوي (٦/ ٤١٨)، المغني (٤/ ٣٣٦).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٦).

قال ابن حجر: «ويشترط في صحتها رضا المحيل بلا خلاف»[١].

وقال ابن قدامة: «ويشترط في صحتها رضا المحيل بلا خلاف؛ فإن الحق عليه، ولا يتعين عليه جهة قضائه»[٢].

☐ وجه القول باشتراط رضا المحيل:

الوجه الأول:

أن ذوي المروءات لا يرضون أن يقوم غيرهم بسداد ديونهم بلا رضاهم.

الوجه الثاني: أن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه.

الوجه الثالث:

أن المحيل إذا لزمه الحق فالمستحق عليه أداؤه لا نقله، ألا ترى أنه إذا سئل نقل الحق إلى عين يعطيها بدلًا من الحق الذي عليه لم يلزمه، وكذا لو سئل نقله إلى ذمة أخرى لم يلزمه.

الوجه الرابع:

أن الدين متعلق في ذمة المدين، فهو مال موصوف غير معين، فله أن يقضيه من أي ماله شاء، ولا يتعين عليه قضاؤه من محل بعينه، ومنه مال الحوالة، بخلاف الأعيان فإنها لا تتعلق بالذمة، وتقضى بذواتها.

القول الثاني:

لا يشترط رضا المحيل، وهو قول محمد بن الحسن في الزيادات[٣]، ووجه

---

(١) فتح الباري (٤/ ٤٦٤).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٦).

(٣) البحر الرائق (٦/ ٢٧٠)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٠).

في مذهب الشافعية، حكاه الخراسانيون.

جاء في الجوهرة النيرة: «وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه؛ لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، وهو لا يتضرر به، بل فيه منفعة؛ لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره»(١).

وجاء في الفتاوى الهندية: «فأما رضا من عليه الدين وأمره فليس بشرط لصحة الحوالة»(٢).

قال العمراني في البيان: «وأما المحيل فإن البغداديين من أصحابنا قالوا: يعتبر رضاه؛ لأن الحق عليه فلا تتعين عليه جهة قضائه...

وأما الخراسانيون فقالوا: هل يعتبر رضا المحيل؟ فيه وجهان.

وصورتها: أن يقول المحال عليه لرجل: أحلتك على نفسي بالحق الذي لك على فلان، فإذا قال: قبلت، فهل يصح على الوجهين بناء على الوجهين فيما لو قال: ضمنت عنه بشرط أن يبرئه.

وعندي - أي عند العمراني - أن هذين الوجهين إنما يتصوران في المحال عليه، إذا لم يكن عليه حق للمحيل، وقلنا: تصح الحوالة على من لا حق له عليه برضاه، فأما إذا كان للمحيل على المحال عليه حق فلا يصح بغير رضا المحيل وجهًا واحدًا»(٣).

وقد وفَّق الحنفية بين رواية القدوري وبين المشهور من المذهب:

فقالوا: إن القدروي اشترط رضا المحيل من أجل رجوع المحال عليه على

---

(١) الجوهرة النيرة (١/ ٣١٧).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٥).

(٣) البيان للعمراني (٦/ ٢٨٦).

المحيل، فإذا دفع المحال عليه دين الحوالة برضا المحيل رجع المحال عليه على المحيل بما أداه من الدين.

وعليه فلا اختلاف في الرواية عند الحنفية.

فالمشهور من المذهب: إن تمت الحوالة برضا المحيل سقط دين المحال عليه إن كان عليه دين، أو رجع على المحيل إن لم يكن عليه دين. وعلى هذا يحمل قول القدوري.

وإن تمت الحوالة بدون رضا المحيل لم يكن للمحال عليه الرجوع على المحيل، حتى ولو كان عليه دين للمحيل؛ لأن الحوالة تمت بدون رضاه، وعلى هذا يحمل ما ورد عن محمد في الزيادات[١].

❑ الراجح:

أن الحوالة لا بد فيها من رضا المحيل، ولا خلاف بين الفقهاء فيها فيما إذا كان للمحيل دين في ذمة المحال عليه، وعقدت الحوالة بين المحال عليه والمحال له حوالة مقيدة بأن يعطي المحال عليه المحال به من المال الذي بذمته للمحيل فهنا رضا المحيل شرط لصحة الحوالة؛ لأن ثبوت الحوالة وصحتها يعني سقوط حق المطالبة للمحيل على المحال عليه، وهذا لا يجوز بدون رضاه؛ لأنه تصرف في حقه.

وما قاله الحنفية من جواز الحوالة بدون رضا المحيل لا يعتبر مخالفًا لما ذهب إليه الجمهور فإنهم يتحدثون عن التزام المحال عليه بالسداد دون رضا المحيل، وهذا باب آخر غير الحوالة التي نتكلم عنها، وقد لا يكون المحال

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤١، ٣٤٢).

عليه مدينًا للمحيل، وإن كان مدينًا فإن الحوالة لم تكن على ما في ذمته للمحيل، ولذلك جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام:

«الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه؛ لأن الحوالة هي الإحالة الحاصلة بفعل المحيل، وهذا المعنى في هذه منتف، بل فيها شطر الحوالة، وهو عبارة عن اللزوم على المحال، وأما الشطر الآخر الذي هو انتقال الدين من المدين فهو مفقود»(١).

إذا علم ذلك من مذهب الحنفية فإنه يبقى عندي سؤال:

هل التزام المحال عليه بالوفاء بدون رضا المحيل يجوز كما قال الحنفية؟ أو ينبغي أن يقيد ذلك برضا المدين حتى ولو كان التزامه تبرعًا دفعًا للمنة؟ الصواب الثاني، والله أعلم.



(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٦).



المبحث الثاني
في اشتراط رضا المحال

[م-١١٠٩] تكلمنا في فصل سابق عن اشتراط رضا المحيل، فهل يشترط رضا المحال؟

اختلف الفقهاء في ذلك، وسبب اختلافهم: اختلافهم في الأمر بالحوالة الوارد في حديث أبي هريرة.

(ح-٦٦٢) فقد روى الشيخان من طريق مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: **مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع**(١).

فأمر رسول الله ﷺ بالاتباع إذا أحيل على مليء، واختلف العلماء هل الأمر للوجوب، أو للندب، أو للإباحة؟ على ثلاثة أقوال:

فمن قال: إن الأمر للوجوب لم يشترط رضا المحال، وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة، ومذهب الظاهرية، وبه قال أبو ثور، وابن جرير الطبري(٢).

ومن قال: إن الأمر ليس للوجوب اشترط رضاه، سواء قال: إن الأمر للإباحة كالحنفية وبعض المالكية، وبعض الشافعية(٣)، أو قال: إن الأمر

---

(١) البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٩)، المحلى، مسألة (١٢٢٧).

(٣) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٧١)، فتح القدير (٧/ ٢٣٩)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، إكمال المعلم بفوائد مسلم (٥/ ٢٣٤)، البهجة شرح التحفة (٢/ ٥٥)، الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).

للندب، كالجمهور[١].

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «رضا المحال له وقبوله شرط؛ لأن الدين حقه، والناس متفاوتون في إيفاء الدين»[٢].

وقال الدردير: «شرط صحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط، لا المحال عليه على المشهور»[٣].

وجاء في المهذب: «ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال؛ لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها، فلم يجز من غير رضا صاحب الحق، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عينًا»[٤].

وجاء في شرح ميارة: «وأما رضا المحال فهو مبني على مذهب الجمهور من عدم وجوب قبول الحوالة، وأما على مذهب أهل الظاهر فلا؛ لوجوب ذلك عليه»[٥].

وقد ناقشت ولله الحمد أدلة الأقوال في مبحث مستقل تحت عنوان (الحكم التكليفي للحوالة) ورجحت أن الأمر ليس للوجوب، وإنما هو للندب، وذكرت القرائن الدالة على صرف الأمر إلى الاستحباب، فأغنى ذلك عن إعادته هنا،

---

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٦٦، ٦٧)، التمهيد لابن عبد البر (١٨/ ٢٩٠)، إكمال المعلم بفوائد مسلم (٥/ ٢٣٤)، طرح التثريب (٦/ ١٤١)، فتح الباري (٤/ ٤٦٥)، عمدة القارئ (١٢/ ١١١).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٥)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤١)، .

(٣) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥)، وانظر شرح الخرشي (٦/ ١٦)، مواهب الجليل (٥/ ٩٠).

(٤) المهذب (١/ ٣٣٨)، وانظر الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨)، الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٣٧).

(٥) شرح ميارة (١/ ٣٣٠).

وبالتالي يصح القول بأنه يشترط رضا المحال كما يشترط رضا المحيل على الصحيح؛ فعقد الحوالة عقد رضائي لابد فيه من الاتفاق بين المحيل والمحال، والله أعلم.





المبحث الثالث
في اشتراط رضا المحال عليه

المحال عليه إما أن يكون مدينًا للمحيل أولا.

[م-١١١٠] فإن لم يكن مدينًا اشترط رضاه بلا نزاع، وسوف يأتينا بحث خاص، هل تصح الحوالة على من ليس عليه دين للمحيل؟ وإذا صحت هل تكون حوالة، أو تكون عقدًا آخر؟

[م-١١١١] وإن كان مدينًا للمحيل فقد اختلف الفقهاء في اشتراط رضا المحال عليه على قولين:

القول الأول:

يشترط رضاه، وهو مذهب الحنفية، وقول في مذهب المالكية، وقول في مذهب الشافعية، وبه قال داود الظاهري(١).

جاء في الشرح الكبير للدردير: «شرط صحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط، لا المحال عليه على المشهور»(٢).

فقوله (على المشهور) يفهم منه أن ما يقابل المشهور يشترط رضاه.

وفي مغني المحتاج: «يشترط لها لتصح رضا المحيل والمحتال...

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٥، ١٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤١)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٨)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٣٩)، روضة الطالبين (٤/ ٢٢٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٣).
وانظر قول داود الظاهري في كتاب الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٦٠٠).

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥).

لا المحال عليه في الأصح فلا يشترط رضاه... والثاني: يشترط رضاه بناء على أن الحوالة استيفاء»[١].

وجاء في الحاوي الكبير: «قال أبو إبراهيم المزني وأبو عبد الله الزبيري وأبوسعيد الإصطخري وأبو حفص بن الوكيل: الحوالة لا تتم إلا برضا المحال عليه، فإن لم يقبلها، ولم يرض بها لم تصح...»[٢].

❑ وجه من قال: يشترط رضا المحال عليه:

لما كان الناس متفاوتين في طلب الدين، فبعضهم يمهل ويتسامح، وبعضهم يتعجل ويتشدد، وربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاء وأسمح قبضًا كانت الحوالة موقوفة على قبول المحال عليه؛ لأنه قد يقبل أن يكون مدينًا لفلان ولا يقبل أن يكون مدينًا لغيره، لهذا اشترط رضا المحال عليه، والله أعلم[٣].

القول الثاني:

لا يشترط رضا المحال عليه، وهو المشهور من مذهب المالكية، والأصح في مذهب الشافعية، وهو مذهب الحنابلة[٤].

جاء في الحاوي الكبير: «ظاهر مذهب الشافعي أن رضاه غير معتبر في صحة الحوالة بل تتم برضا المحيل والمحتال، سواء رضي بذلك المحال عليه أم لم

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٩٣، ١٩٤).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).
(٤) كشاف القناع (٣/ ٣٨٦)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٢).

يرض، وبه قال من أصحابنا أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي ابن أبي هريرة. . .»[١].

❑ وجه القول بأنه لا يشترط رضاه:

الوجه الأول:

أن الحق للمحيل، فله أن يستوفي الحق بنفسه، وله أن يستوفيه بغيره كما لو وكل غيره بالاستيفاء.

ونوقش هذا:

بأن هناك فرقًا بين الحوالة وبين الوكالة، فالحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين؛ فهو تصرف بأداء الواجب، وليس تصرفًا بنقله فلا يشترط قبوله ورضاه.

الوجه الثاني:

بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء، فلما لم يكن رضا المبرأ معتبرًا في صحة البراءة لم يكن رضا المحال عليه معتبرًا في صحة الحوالة[٢].

واستثنى المالكية فيما إذا كانت هناك عدواة بين المحال والمحال عليه.

جاء في البهجة في شرح التحفة «ومحل عدم اشتراط رضا المحال عليه على المشهور إذا لم تكن هناك عداوة بين المحال والمحال عليه، وإلا فلا بد من رضاه[٣].

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٨).
(٣) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٣).

❑ الراجح:

أن رضا المحال عليه ليس بشرط، والله أعلم.



المبحث الرابع
في فوات الرضا في عقد الحوالة

تبين لنا من خلال البحوث السابقة اختلاف الفقهاء فيمن يشترط رضاه لعقد الحوالة.

فالجمهور يشترطون رضا المحيل والمحال فقط دون المحال عليه.

واشترط الحنفية رضا المحال والمحال عليه دون المحيل.

واشترط الحنابلة رضا المحيل فقط دون المحال والمحال عليه.

هذا ملخص أقوال الأئمة في اشتراط الرضا بين أطراف الحوالة، والله أعلم.

[م-١١١٢] فإذا انتفى الرضا ممن يشترط رضاه في الحوالة، ووقع عقد الحوالة على الإكراه، فقد اختلف الفقهاء في أثر ذلك على الحوالة على ثلاثة أقوال، ترجع إلى اختلافهم في عقد المكره على سبيل العموم:

القول الأول:

إذا أكره من يشترط رضاه على الحوالة فهي حوالة فاسدة، فرقًا بينها وبين الحوالة الباطلة، وهذا مذهب الحنفية، ولهم مصطلح خاص في التفريق بين الفاسد والباطل سبق تحريره في عقد البيع.

قال علي حيدر: «رضا المحال والمحال عليه شرط في صحة الحوالة... بناء عليه إذا أخذ رجل حوالة بالإكراه المعتبر أو قبلها لا تكون صحيحة»[1].

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩)، وانظر بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٦).

❑ وجه ذلك:

أن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات[١].

القول الثاني:

الإكراه على عقد الحوالة ينعقد موقوفًا، وللمكره الخيار بين إمضائه ورده. وهذا قول زفر من الحنفية[٢]، ومذهب المالكية[٣].

❑ وجه ذلك:

أن النهي عن الإكراه في العقود ليس لحق الله، وإنما هو لحق الآدمي، فإذا أجازه صاحبه بعد رفع الإكراه ارتفع المفسد، فصح العقد، مثله عقد الفضولي، فإنه لما كان الفضولي قد باع ملك غيره بغير إذنه، كان ذلك موقوفًا على إجازة صاحبه[٤].

القول الثالث:

العقد مع الإكراه لا ينعقد، وهذا مذهب الشافعية[٥]، والحنابلة[٦].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٦).

(٢) تبيين الحقائق (٢/ ١٧١)، فقد صرح زفر بأن العقد موقوف على إجازة المالك، وهذا هو نفس مذهب المالكية، والخيار فيه للمكره بالفتح، وليس للمكره بالكسر.

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٢٤٨)، التاج والإكليل (٦/ ٤١، ٤٢)، الشرح الكبير (٣/ ٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٧٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ٦).

(٤) انظر تبيين الحقائق (٥/ ١٨٢).

(٥) السراج الوهاج (ص١٧٣)، فتح المعين (٣/ ٧)، فتح الوهاب (١/ ٢٧٢)، مغني المحتاج (٢/ ٧)، روضة الطالبين (٣/ ٣٤٢)، كفاية الأخيار (١/ ٢٣٢).

(٦) الإنصاف (٤/ ٢٦٥)، المبدع (٤/ ٧)، المحرر (١/ ٣١١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٧)، كشاف القناع (٣/ ١٥٠).

واستدلوا على ذلك بأدلة، منها:

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

❑ وجه الدلالة:

إذا كان الرضا شرطًا في صحة البيع، والبيع عقدًا من العقود، فكذلك الحوالة مقيسة عليه، وإذا عدم الشرط عدم المشروط؛ لأنه يلزم من عدمه العدم.

الدليل الثاني:

إذا كان الإكراه محرمًا، وفيه اعتداء على حق الغير، فإن الحرام لا ينبغي أن يترتب عليه أي أثر شرعي.

وقد استوفينا الأدلة ومناقشتها في حكم عقد المكره في عقد البيع، فأغنى ذلك عن إعادتها هنا، والحمد لله.

❑ الراجح:

أرى أن القول بأن الحوالة تكون موقوفة على إجازة المكره، فإن الحق له، إن شاء أمضاه، وإن شاء رده، لكن بشرط أن يرتفع الإكراه قبل الإجازة.



الشرط الثالث
في اشتراط أن يكون المحيل مدينًا للمحال

[م-١١١٣] ذهب الأئمة الأربعة إلى شتراط أن يكون المحيل مدينًا للمحال(١).

[م-١١١٤] فإن أحال المحيل رجلًا ليس له عليه دين على من له عليه دين فقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

تصح، وتكون وكالة بقبض الدين اعتبارًا للمعنى؛ لأن المعتبر في العقود المقاصد والمعاني، وليست الألفاظ والمباني. وهذا مذهب الجمهور(٢).

قال ابن نجيم: «إذا أحال رجلًا وليس للمحتال دين على المحيل، فهذه وكالة، وليست حوالة»(٣).

وقال الدسوقي في حاشيته: «وكذا يشترط ثبوت دين للمحال على المحيل»(٤).

وجاء في البيان للعمراني: «قال أبو العباس: إذا كان لرجل عند رجل ألف، فقال من له الدين لرجل لا شيء عليه له: أحلتك على فلان بألف، فهذا توكيل

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٥)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٤٢٥)، منح الجليل (٦/ ١٨٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٣)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٢)، المغني (٤/ ٣٣٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٥).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٦٩).

(٣) المرجع السابق.

(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥).

منه بالقبض، وليس بحوالة؛ لأن الحوالة إنما تكون لمن له حق، ولا حق للمحتال عليه هاهنا، فثبت أن ذلك توكيل»[١].

❑ **وجه ذلك:**

قال ابن قدامة: «لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله، ولا حق هاهنا ينتقل ويتحول، وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة؛ لاشتراكهما في المعنى؛ وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل»[٢].

القول الثاني:

لا تصح لا حوالة ولا وكالة، اختاره بعض الشافعية[٣].

أما كون العقد لا يصح حوالة؛ فلأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله، ولا حق هنا ينتقل ويتحول.

وأما كونه لا ينعقد وكالة فاعتبارًا للفظ، فإن لفظ الحوالة غير لفظ الوكالة، وهذا القول اختاره بعض الشافعية، وهو يتفق مع أصول مذهبهم بأن المقدم في العقود الألفاظ على المعاني.

وقد سبق عقد مبحث مستقل في مناقشة المعتبر في العقود، هل هو المقاصد والمعاني، أو الألفاظ والمباني في مقدمة عقد البيع وبينت فيه ضعف مذهب الشافعية، وأنهم لم يطردوا في ذلك، ففي أحيان كثيرة يقدمون اللفظ على المعنى، وفي عقود أخرى يقدمون المعنى على اللفظ. فأغنى ذلك عن إعادته هنا، والله أعلم.

---

(١) البيان للعمراني (٦/ ٢٩٤).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٧).

(٣) حاشية الجمل (٣/ ٣٧٢)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢١).

الشرط الرابع
في اشتراط أن يكون
المحال عليه مدينًا للمحيل

[م-١١١٥] في البحث السابق علمنا اتفاق الأئمة الأربعة على اشتراط أن يكون المحيل مدينًا للمحال، فهل يشترط أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

تصح الحوالة وإن كان المحال عليه ليس مدينًا للمحيل، وتسمى بالحوالة المطلقة، بشرط أن يتضمن العقد براءة المحيل، وهذا مذهب الحنفية، واختاره ابن الماجشون من المالكية، وأحد الوجهين في مذهب الشافعية[١].

فإن لم يتضمن العقد براءة المحيل كان العقد عند الحنفية كفالة.

جاء في البحر الرائق: «الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة»[٢].

قال ابن عابدين: «وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط»[٣].

وقال السيوطي: «لو أحال على من لا دين عليه برضاه، فالأصح بطلانها بناء على أنها بيع. والثاني: يصح بناء على أنها استيفاء»[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢)، المنتقى للباجي (٥/ ٦٧)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠).

(٢) البحر الرائق (٨/ ٢٨٧).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢).

(٤) الأشباه والنظائر (ص١٧٠).

القول الثاني:

يشترط في صحة الحوالة أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، وهذا مذهب المالكية، والأصح في مذهب الشافعية، ومذهب الحنابلة(١).

فإن أحاله صح العقد على خلاف بينهم في توصيف هذا العقد.

فقيل: هي حمالة عند المالكية. واقتراض عند الشافعية والحنابلة.

جاء في شرح الخرشي: «ومن شروطها ثبوت دين للمحيل في ذمة المحال عليه وإلا كانت حمالة عند الجمهور، قاله الباجي، ولو وقعت بلفظ الحوالة»(٢).

وجاء في المدونة: «إذا لم يكن على المحتال عليه للذي أحال عليه دين فإنما هي حمالة»(٣).

وجاء في أسنى المطالب: «لو أحال على من لا دين عليه لم تصح الحوالة، ولو رضي بها؛ لعدم الاعتياض، إذ ليس عليه شيء يجعله عوضًا عن حق المحتال، فإن تطوع بأداء دين المحيل كان قاضيًا دين غيره، وهو جائز»(٤).

وفي مغني المحتاج: «ولا تصح على من لا دين عليه بناء على الأصح من

---

(١) المدونة (٥/ ٢٨٩)، التاج والإكليل (٥/ ٩٢)، الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٤٠)، شرح الخرشي (٦/ ١٧)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣١)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، حواشي الشرواني (٥/ ٢٢٨)، الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٨، ٢١٩)، المبدع (٤/ ٢٧٦)، المغني (٤/ ٣٣٧).

(٢) شرح الخرشي (٦/ ١٧).

(٣) المدونة (٥/ ٢٨٩)، وانظر الذخيرة (٩/ ٢٥٣)، المفهم في شرح مسلم (٤/ ٤٤٠).

(٤) أسنى المطالب (٢/ ٢٣١).

أنها بيع؛ إذ ليس للمحيل على المحال عليه شيء يجعله عوضًا عن حق المحتال. وقيل: تصح برضاه... وعلى الأول لو تطوع بقضاء دين المحيل كان قاضيًا دين غيره، وهو جائز»(١).

وقال ابن قدامة: وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد، فلا يلزم المحال عليه الأداء، ولا المحتال قبول ذلك؛ لأن الحوالة معاوضة، ولا معاوضة هنا، وإنما هو اقتراض»(٢).

وجاء في كشاف القناع: «وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة في اقتراض»(٣).

والقول بأنها قرض أو وكالة باقتراض لا يخالف عندي توصيف من قال: بأنها حمالة، لأنها حمالة بالنظر إلى علاقة المحال بالمحال عليه، ووكالة بالاقتراض بالنظر إلى علاقة المحيل بالمحال، واقتراض بالنظر إلى علاقة المحيل بالمحال عليه.

القول الثالث:

العقد باطل، وهو قول في مذهب الشافعية.

قال الماوردي: «فأما وجوب الحق على المحال عليه فقد اختلف أصحابنا هل هو شرط في صحة الحوالة؟ على وجهين:

أحدهما: أنه شرط في صحة الحوالة، فمتى لم يكن للمحيل على المحال عليه ذلك الحق الذي أحال به عليه فالحوالة باطلة؛ لأن الحوالة من تحول

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٩٤).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٧).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٣٨٥)، وانظر الإنصاف (٥/ ٢٢٥)،.

الحق، فلا بد من أن يكون الحق واجبًا على المحال عليه كما كان واجبًا للمحتال.

والوجه الثاني: تصح، وتجرى مجرى الضمان؛ لأنها وثيقة، فعلى هذا لا تتم إلا بقبول المحال عليه»[(١)].

❑ الراجح:

الذي يظهر لي أن المحال عليه إذا لم يكن مدينًا للمحيل، ورضي بالحوالة فإنها تصح، ولكن لا تكون حوالة مطلقة كما يقول الحنفية، بل يمكن توصيف الحوالة على أنها وكالة في الاقتراض بالنظر إلى علاقة المحيل بالمحال، واقتراض بالنظر إلى علاقة المحيل بالمحال عليه، وضمان بالنظر إلى علاقة المحال بالمحال عليه، فيكون المحيل مضمونًا عنه، والمحال عليه ضامنًا، والمحال مضمونًا له، وذلك أن المحال عليه عندما رضي بالحوالة أصبح ملتزمًا بأداء قيمتها للمحال، وهذا هو حقيقة الضمان، فإن دفعها بأمر المحيل وبنية الرجوع إلى صاحبها أصبح مقرضًا للمحيل، وإن دفعها بدون أمره، أو نوى عدم الرجوع كان متبرعًا، فإن دفعها إكرامًا للمحيل كانت هدية، وإن دفعها طلبًا للأجر والثواب كانت صدقة، والله أعلم.

قال العمراني: «فإن وزن المحال عليه الحق فإن كان بغير إذن المحيل لم يرجع على المحيل بشيء؛ لأنه متطوع، وإن وزن بإذنه رجع عليه»[(٢)].

وقال الماوردي: «ولا رجوع له بالحوالة قبل أدائها، فإن أداها بأمر رجع بها، وإن كان بغير أمر لم يرجع بها»[(٣)].

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩، ٤٢٠).

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٦/ ٢٨٥).

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩، ٤٢٠).

الشرط الخامس
في اشتراط حضور أطراف الحوالة

المبحث الأول
في اشتراط حضور المحال مجلس الحوالة

[م-١١١٦] اختلف الفقهاء في اشتراط حضور المحال مجلس الحوالة على قولين:

القول الأول:

يشترط حضور المحال مجلس الحوالة، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد ابن الحسن[(١)].

قال في فتح القدير: «ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة، ومحمد»[(٢)].

وفي حاشية ابن عابدين: «والشرط حضرة المحتال فقط حتى لا تصح في غيبته»[(٣)].

القول الثاني:

لا يشترط، وهو قول أبي يوسف، والمذهب عند الحنابلة[(٤)].

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٧١)، فتح القدير (٧/ ٢٤٠)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤١)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٩٤).

(٢) فتح القدير (٧/ ٢٤٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤١).

(٤) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣٢)، بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨).

جاء في حاشية ابن عابدين: «خلاف أبي يوسف في المحتال فقط، فعنده لا تشترط حضرته، بل يكفي رضاه كالمحال عليه»[١].

وفي بدائع الصنائع: «المحتال لو كان غائبًا عن المجلس، فبلغه الخبر، فأجاز لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف ينفذ»[٢].

جاء في مطالب أولي النهى: «ولا يشترط حضوره أي المحتال»[٣].

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أراه صحة الحوالة إذا أجازها المحال، ولو كان غائبًا؛ لأن البيع وهو الأصل في عقود المعاوضات ينعقد بالكتابة، ولو كان المتعاقدان غائبين فالحوالة أولى؛ لأنه عقد استيفاء، والعجيب في مذهب الحنفية أنهم يشترطون حضور المحال مع أنهم لم يعتبروا رضاه في الحوالة، كما أنهم أجازوا الحوالة إذا حضر فضولي مجلس الحوالة فقبل عن المحال، فإذا بلغ المحال عليه وأجازه نفذ، مع أن الفضولي لم يكن نائبًا عن المحال؛ لأنه تصرف له بدون إذنه، فتبين بهذا ضعف مذهب الحنفية، والله أعلم.



(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢).
(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٦).
(٣) مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨).

المبحث الثاني
في اشتراط حضور المحال عليه

[م-١١١٧] اختلف الفقهاء في اشتراط حضور المحال عليه على قولين:

القول الأول:

لا يشترط حضوره، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، واختاره من المالكية ابن سلمون[١].

وجاء في رد المحتار: «لا خلاف في المحال عليه في أن حضرته غير شرط»[٢].

وفي فتح القدير: «وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه، حتى لو أحال على غائب، فبلغه الخبر، صحت»[٣].

وجاء في الشرح الكبير للدردير: «ولا يشترط حضوره وإقراره على أحد القولين المرجحين»[٤].

وجاء في البهجة شرح التحفة: «لا يشترط حضور المحال عليه، ولا إقراره بالدين، وهو الذي شهره ابن سلمون»[٥].

❑ وجه من قال: لا يشترط حضوره:

أن الحوالة ليست بيعًا، وإنما هي عقد إرفاق فلا يشترط حضور المحال

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣٠٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢).

(٣) فتح القدير (٧/ ٢٤٠، ٢٤١).

(٤) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥).

(٥) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٣).

عليه؛ ولأن رضاه غير معتبر في عقد الحوالة عند جمهور العلماء فلا يشترط حضوره.

القول الثاني:

يشترط حضوره، اختاره ابن القاسم من المالكية، وهو المعتمد في مذهبهم، وبه قال أكثرهم.

جاء في البهجة شرح التحفة: «وقيل: لابد من حضوره وإقراره، وصدر به في الشامل، وعزاه لابن القاسم... وصرح ابن رحال... بأن تشهير ابن سلمون خلاف الراجح، وتبعه على ذلك الشيخ بناني وغيره»(١).

وعندما قال الدردير في الشرح الكبير: «ولا يشترط حضوره وإقراره على أحد القولين المرجحين»(٢).

تعقبه الدسوقي في حاشيته، فقال: «قوله على أحد القولين المرجحين فيه نظر، بل الراجح اشتراط الحضور، وأما عدم اشتراطه فقد انفرد بتشهيره ابن سلمون، وهو متعقب»(٣).

❑ وجه من قال: يشترط حضوره:

الوجه الأول:

اشتراط حضوره وإقراره وإن كان رضاه غير معتبر لاحتمال أن يبدي مطعنًا في البينة إذا حضر، أو يثبت براءته من الدين ببينة على الدفع، أو على إقراره به(٤).

---

(١) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٣)، وانظر مواهب الجليل (٥/ ٩١، ٩٢).
(٢) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٥).
(٣) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥).
(٤) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥).

الوجه الثاني:

أن اشتراط الحضور والإقرار مبني على أن الحوالة من قبيل بيع الدين بالدين، فيشترط فيها شروطه، غاية الأمر أنه رخص فيها جواز بيع الدين بدين آخر[١].

وأجيب:

ذكر الشيخ الرهوني بأنهم عللوا اشتراط الحضور بأن الغائب قد يكون له براءة من ذلك، وهذا التعليل يقتضي أن في حضوره تقليلًا للغرر، وقد علمت أن الحوالة من ناحية المعروف، والمعروف لا يؤثر فيه الغرر[٢].

ورد هذا الجواب:

بأن الحوالة وإن كانت معروفًا فإنما يغتفر فيها على قول ابن القاسم ما اغتفره الشارع ﷺ؛ لأنها بيع، فما وردت الرخصة فيه كعدم المناجزة في العين اغتفر، وما لم ترد به فهو على أصل البيع فيه، وعدم اشتراط المناجزة مصرح به في الحديث الكريم، حيث قال: (ومن أتبع منكم) الخ إذ الاتباع لا مناجزة فيه... وأيا ما كان فهو غرر كثير، وليست هي متمحضة للمعروف كالهبة حتى يغتفر فيها الجهل بحصول العوض، بل هي معاوضة حقيقية روعي فيها جانب المعروف بعدم اعتبار بعض شروط البيع فيها...[٣].

فتبين بهذا أن الخلاف عند المالكية راجع إلى الخلاف في الحوالة، هل هي بيع، أو عقد إرفاق؟ فمن رأى أنها بيع اشترط الحضور، ومن رأى أنها عقد إرفاق لم يشترط.

---

(١) انظر المرجع السابق (٣/ ٣٢٥).

(٢) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٣).

(٣) انظر البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٣).

قال الصاوي في حاشيته: «الحاصل: أن الفقهاء من الأندلسيين اختلفوا: هل يشترط في صحة الحوالة حضوره وإقراره أو لا يشترط ذلك؟

رجح كل من القولين؛ وإن كان الأول أرجح كما قال الشارح؛ لأنه مبني على أن الحوالة من قبيل بيع الدين، فيشترط فيها شروطه، غاية الأمر أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر.

وأما القول الثاني فمبني على أنها أصل مستقل بنفسه فلا يسلك بها مسلك بيع الدين من اشتراط الحضور والإقرار»[١].

❑ الراجح:

إذا كان الراجح في مذهب المالكية أنه لا يشترط رضا المحال عليه، فكذلك لا يشترط حضوره، وإذا تبين أن المحيل خدعه، أو أن المحال عليه أنكر الدين، أو ذكر براءته منه قبل الحوالة رجع المحال على المحيل، وإذا كان القول باشتراط حضوره عند المالكية مبنيًا على أن الحوالة من قبيل بيع الدين بالدين فقد تبين لنا من خلال البحث أن الراجح في الحوالة أنها ليست من عقود البيع، ولا تصح بلفظ البيع، لهذا لا أرى وجهًا لاشتراط حضور المحال عليه، والله أعلم.



(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٤٢٤).

الشرط السادس
في اشتراط ملاءة المحال عليه

[م-١١١٨] اختلف الفقهاء في اشتراط الملاءة لصحة الحوالة على قولين:

القول الأول:

ذهب الأئمة الأربعة إلى صحة الحوالة على غير مليء إذا علم المحال بحال المحال عليه، وقبل الحوالة؛ لأن الحق للمحال، وقد رضي بذلك[١].

جاء في الذخيرة: «أنه ﷺ اعتبر وصف الملاءة مع جواز الحوالة على المعسر إجماعًا»[٢].

وقال أيضًا: «بينا أن اشتراط الملاءة لنفي الضرر، لا مشروعية الحوالة... بدليل جوازها على المعسر إجماعًا»[٣].

وحكاية الإجماع مع خلاف الظاهرية، فيه نظر.

وقال زكريا الأنصاري في بيان فائدة ذكر الملاءة في الحديث: «لا يقال: فائدته عدم صحة الحوالة على غير المليء؛ لأنا نقول: تلك صحيحة بالإجماع، نعم قد يقال: من فوائده عدم ندب قبولها حينئذ»[٤].

وهذا عند الجمهور القائلين بأن الأمر بقوله: (ومن أحيل على مليء فليتبع) أن الأمر للندب، ومن قال: إن الأمر للوجوب، قال: لا يجب على المحال

---

(١) مواهب الجليل (٥/ ٩٤، ٩٥)، المهذب (١/ ٣٣٨)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٣).
(٢) الذخيرة (٩/ ٢٥٠).
(٣) المرجع السابق (٩/ ٢٥٢).
(٤) أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢).

قبول الحوالة إذا كان المحال عليه غير مليء، ونفي الندب أو الوجوب لا يعني: نفي الجواز؛ لأن الحق للمحال، فإذا رضي فقد أسقط حقه.

وقال في تقويم النظر: «والملاءة ليست شرطَ صحةِ الحوالة بدليل أنها تصح على غير مليء، وإنما ذكر الملاءة بناء على الغالب»[(١)].

وقال العراقي في طرح التثريب: «لو كان مفلسًا حال الحوالة فالصحيح الذي نص عليه الشافعي، وقال به جمهور أصحابه: أنه لا خيار له، سواء شرط يساره، أم أطلق...»[(٢)].

القول الثاني:

قال ابن حزم: لا تصح الحوالة إلا على مليء بنص الخبر.

قال في المحلى: «فإن غره وأحاله على غير مليء، والمحيل يدري أنه غير مليء، أو لا يدري، فهو عمل فاسد؛ وحقه باق على المحيل كما كان؛ لأنه لم يحله على مليء، ولا تجوز الحوالة إلا على مليء بنص الخبر»[(٣)].

وجهه: أن الحوالة لم توافق محلها الذي ارتضاه الشارع، وهو الملاءة.

❑ الراجح:

أن الملاءة ليست شرطًا في صحة الحوالة؛ لأن الحق للمحال فإذا رضي بالحوالة على غير مليء فقد أسقط حقه.

وقد أجاز الأئمة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه أموسر هو أو معسر[(٤)].

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة تحقيق الشيخ صالح الخزيم ﷺ (٢/ ٤٣٥).
(٢) طرح التثريب (٦/ ١٤٣).
(٣) المحلى، مسألة (١٢٢٧).
(٤) مواهب الجليل (٥/ ٩٤)، المفهم في شرح مسلم للقرطبي (٤/ ٤٤٠)، الإشراف على =

وإنما اختلف الفقهاء في حق المحال في الرجوع على المحيل إذا قبل الحوالة ظانًا منه أنه مليء، فبان معسرًا، أو أنكر المحال عليه الحق، أو مات المحال عليه معدمًا، أو اشترط المحال ملاءة المحال عليه فبان غير ذلك، ومسألة رجوع المحال على المحيل مسألة أخرى غير مسألتنا، وسواء قلنا: له الرجوع أو قلنا: لا رجوع له فإن ذلك لا ينافي صحة الحوالة؛ لأن الرجوع نقض للحوالة بعد صحتها.

فتبين من هذا أن الملاءة ليست شرطًا لصحة الحوالة، وإنما الخلاف في اعتبار الملاءة شرطًا للزوم الحوالة في حال اشترط المحال ملاءة المحال عليه، أو كان المحيل يعلم حال المحال عليه، ولم يبين، أو مات المحال عليه معدمًا، هل يملك المحال الرجوع على المحيل أم لا؟

وسوف يأتي بحث رجوع المحال على المحيل إن شاء الله تعالى عند الكلام على أحكام الحوالة، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

❊ ❊ ❊

= نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٩٩)، شرح مشكل الآثار ()، التوضيح في شرح البخاري لابن الملقن (١٥/ ١١٨)، المهذب (١/ ٣٣٨)، المحرر في الفقه (١/ ٣٣٨)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨)، الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٦٢)، إعلام الموقعين (٤/ ٣٨)، إغاثة اللهفان (٢/ ٣٧).

الشرط السابع
في الحوالة على الميت وعلى تركته

[م-١١١٩] اختلف الفقهاء في الحوالة على الميت، وعلى تركته على أقوال:

القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الحوالة لا تصح على التركة، على خلاف بينهم في علة المنع، فعلة المنع عند الحنفية كون الشخص المحال عليه غير موجود فيها. وبه علل صاحب مغني المحتاج.

وعلة المنع عند الشافعية أن الحوالة على التركة حوالة على الأعيان، ومن شرط الحوالة أن تكون على دين.

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «ويفهم من هذه الشروط أن الحوالة على التركة غير جائزة؛ لأن الشخص المحال عليه غير موجود فيها»[1].

وقال في مغني المحتاج: «ولا تصح على التركة لعدم الشخص المحال عليه»[2].

وجاء في أسنى المطالب: «أن تكون - يعني الحوالة - بدين لازم، فلا تصح الحوالة على التركة؛ لأنها أعيان»[3].

ويفهم من هذا التعليل أن الحوالة لو كانت على دين للميت صح؛ لأنها حينئذ لا تكون الحوالة على عين، وإنما على دين، لكن قال البجيرمي في حاشيته:

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٥).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ١٩٤).

(٣) أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠).

«ولا تصح الحوالة على التركة، وإن كانت ديونًا، نعم تصح من الوارث على التركة إن كانت دينًا»[١].

زاد في حاشية قليوبي وعميرة: «وتصح عليه إن تصرف في التركة؛ لأنها صارت دينًا عليه»[٢].

وسيأتينا إن شاء الله تعالى بحث الحوالة على الأعيان في مبحث مستقل، بلغنا الله ذلك بمنه وكرمه.

القول الثاني:

صحح الحنابلة الحوالة على تركة الميت بشرط أن يكون دينًا مستقرًا.

قال البهوتي: «وتصح الحوالة على ما في ذمة الميت من دين مستقر. . .»[٣].

والصحيح صحة الحوالة مطلقًا على التركة، لكن إن كانت دينًا فهي حوالة، وإن كانت عينًا كانت وكالة في القبض، والله أعلم.

[م-١١٢٠] هذا الكلام في الحوالة على تركة الميت، وأما الحوالة على الميت، فاختلفوا فيها أيضًا على قولين:

القول الأول:

لا تصح الحوالة على الميت، وهذا مذهب المالكية والحنابلة.

قال في مواهب الجليل: «ولا يجوز أن يحال به على ميت بعد موته. . . لأن ذمة الميت قد فاتت، وذمة الحي موجودة».

---

(١) حاشية البجيرمي (٣/ ٢٠).

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٩).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٣٨٤)، وانظر مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨).

وجاء في مطالب أولي النهى: «إن قال: أحلتك بما عليه: أي الميت، صح، لا أحلتك به عليه؛ أي الميت؛ فلا تصح؛ لأن ذمته خربت»[1].

القول الثاني:

تصح الحوالة على الميت، وهذا مذهب الشافعية، وعللوا صحتها بعدم اشتراط رضا المحال عليه.

قال في مغني المحتاج: «وتصح على الميت؛ لأنه لا يشترط رضا المحال عليه، وإنما صحت عليه مع خراب ذمته؛ لأن ذلك إنما هو بالنسبة للمستقبل: أي لا تقبل ذمته شيئًا بعد موته، وإلا فذمته مرهونة بدينه حتى يقضى عنه»[2].



(١) مطالب أولى النهى (٣/ ٣٢٨)، وانظر كشاف القناع (٣/ ٣٨٤).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، وانظر الإقناع للشربيني (٢/ ٣١٠)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧١)، حاشية الرملي (٢/ ٢٣٠).



الشرط الثامن
أن يكون المحال به دينًا

[م-١١٢١] اشترط الأئمة الأربعة أن يكون المحال به دينًا للمحال في ذمة المحيل، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنها لا تثبت في الذمة.

قال الكاساني في معرض كلامه في شروط المحال به: «أن يكون دينًا، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنها نقل ما في الذمة، ولم يوجد»(١).

وقال ابن عابدين: «الشرط كون الدين للمحتال على المحيل، وإلا فهي وكالة، لا حوالة»(٢).

وقال الدسوقي في حاشيته: «وكذا يشترط ثبوت دين للمحال على المحيل»(٣).

وقال في أسنى المطالب: «أن تكون الحوالة بدين مثلي أو متقوم... فلا تصح بالعين»(٤).

وقال ابن قدامة: «وإن أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض، وليست حوالة؛ لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين، ولم يوجد واحد منهما»(٥).

فتبين من هذا اتفاق الأئمة الأربعة على اشتراط أن يكون المحال به دينًا في

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، وانظر الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٦)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩).
(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢).
(٣) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥).
(٤) أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠).
(٥) المغني (٤/ ٣٣٧).

ذمة المحيل، وقد سبق لنا في بحث مستقل أن المحال إذا لم يكن مدينًا للمحيل، وأحاله على شخص مدين:

فقيل: يصح، ويكون العقد عقد وكالة في الطلب والقبض، وتثبت فيها أحكام الوكالة، وهذا مذهب الجمهور، وقول في مذهب الشافعية.

قال ابن نجيم: «إذا أحال رجلًا وليس للمحتال دين على المحيل، فهذه وكالة، وليست حوالة»[١].

وجاء في البيان للعمراني: «قال أبو العباس: إذا كان لرجل عند رجل ألف، فقال من له الدين لرجل لا شيء عليه له: أحلتك على فلان بألف، فهذا توكيل منه بالقبض، وليس بحوالة؛ لأن الحوالة إنما تكون لمن له حق، ولا حق للمحتال عليه هاهنا، فثبت أن ذلك توكيل»[٢].

وقيل: لا تصح لا حوالة ولا وكالة، وهو قول في مذهب الشافعية بناء على مذهبهم في تقديم الألفاظ على المعاني في العقود، ولفظ الحوالة غير لفظ الوكالة[٣].

والصواب الأول، وأن المعتبر في العقود المقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني، والله أعلم.



(١) البحر الرائق (٦/ ٢٦٩).

(٢) البيان للعمراني (٦/ ٢٩٤).

(٣) حاشية الجمل (٣/ ٣٧٢)، حاشية البجيرمي (٣/ ٢١).

الشرط التاسع
أن يكون المحال عليه دينًا

[م-١١٢٢] تبين لنا في المبحث السابق اتفاق الأئمة الأربعة على اشتراط أن يكون المحال به دينًا في ذمة المحيل، فالحوالة بالعين لا تصح، إذ لا يتصور فيها النقل الحكمي؛ فالحق يتعلق في الأعيان بذاتها، لا بأمثالها، والحوالة مثل المقاصة لا تجري إلا في الديون؛ لأن الوفاء يجري في الحوالة بمثلها، وليس بعينها، وهذا شأن الديون خاصة.

أما الحوالة على العين فاختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول:

تصح الحوالة على العين من أمانة، وغصب. وهذا مذهب الحنفية(١).

القول الثاني:

لا تكون الحوالة إلا على دين، فإن كانت على عين كانت وكالة بقبض العين ممن هي عليه، وليست حوالة.

وهذا مذهب الجمهور(٢).

والخلاف في توصيف العقد لا في صحته.

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٩).

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٦)، شرح الخرشي (٦/ ١٧)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٣٦٥)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٤)، حاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ٥١)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٤)، وقال في مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٦): «ولا تصح الحوالة على عين من نحو وديعة، كمضاربة، أو شركة؛ لأنه لم يحل على دين». وانظر الموسوعة الكويتية (١٨/ ١٩٩).

فالحنفية يرون أن العقد حوالة مقيدة، ينتقل فيها الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

والجمهور يرون أنه وكالة بالقبض، يكون فيها المحال (الوكيل) نائبًا عن الموكل (المحيل)، وليس بديلًا عنه، فإذا قبض العين، تم تسليط الوكيل على ملكها بعد قبضها عن الدين الذي له في ذمة الموكل.

وهذا أقرب، قال السرخسي: «حقيقة الحوالة هي المطلقة، فأما المقيدة من وجه فتوكيل بالأداء والقبض»(١).

وهذا الكلام من السرخسي يتفق مع توصيف الجمهور، وقد يرفع الخلاف بينهما لو كان هذا على إطلاقه، لكن ما أعرفه من مذهب الحنفية أنهم يقولون هذا عند اختلاف المحيل والمحال عليه، هل قصد بالعقد الحوالة أو الوكالة؟ وأيضًا في مسألة ما إذا أدى الحوالة المحال عليه، ثم رجع على المحيل، فقال المحيل: إنها حوالة بالدين الذي لي عليك، وقال المحال عليه: لست مدينًا لك بشيء.

ولو كان الحنفية يرون أن المحال على العين هي وكالة في القبض لم يضمِّنوا المحال عليه إذا دفع العين للمحيل بدلًا من المحال، مع أن دفع المال للموكل يسقط حق الوكيل بالمطالبة بالقبض؛ لأن دفع المال للأصيل يعتبر دفعًا لنائبه، وهذا لا يقول به الحنفية في الحوالة على العين.

جاء في حاشية ابن عابدين: «لو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب (المحال)؛ لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال»(٢).

وهذا صريح أنهم لا يرون الحوالة بالعين بمنزلة الوكالة بالقبض، والله أعلم.

---

(١) المبسوط (٢٠/ ٥٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٧).

الشرط العاشر
في اشتراط اللزوم والاستقرار في دين الحوالة

المبحث الأول
في اشتراط أن يكون
دين المحيل لازمًا مستقرًا

قال الكاساني: كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به[١].

وقال الماوردي: ما لم يجب قبل الحوالة لم يصر واجبًا بالحوالة[٢].

[م-١١٢٣] الدين في الحوالة اثنان: دين على المحيل، ودين على المحال عليه، والكلام في هذا المبحث إنما هو في دين المحيل، فهل يشترط في الدين المحال به أن يكون لازمًا[٣] مستقرًا؟

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٦).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩)، وانظر فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٣٤١).

(٣) تارة يطلق اللازم في مقابل الجائز، فيقال: العقود منها ما هو لازم، ومنها ما هو جائز، ومنها ما هو لازم من طرف وجائز من طرف، وتارة يطلق اللازم ويراد به الثابت المستقر الذي ليس عرضة للسقوط.

فاللازم عند الحنفية والمالكية: هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فيكون بمعنى الثابت والمستقر.

قال في الشرح الكبير (٣/ ٣٢٦): «واحترز بقوله (لازم) عن دين صبي وسفيه، ورقيق بغير إذن ولي وسيد، فلا تصح الإحالة عليهم».

لأن الولي قد يسقط الدين عنهم، فكان اللازم في مقابل الثابت المستقر.

واللازم عند الشافعية: ما لا يدخله خيار، وأدخلوا في اللازم ما كان آيلًا للزوم. فيكون اللازم في مقابل الجائز. =

اختلف الفقهاء في هذا على قولين:

القول الأول:

يشترط أن تكون الحوالة بدين لازم، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، وقول في مذهب الحنابلة[١].

زاد الشافعية: أو مصيره إلى اللزوم كالإحالة بالثمن في زمن الخيار.

جاء في فتح العزيز بشرح الوجيز: «أن يكون الدين لازمًا، أو مصيره إلى اللزوم»[٢].

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «وأما الذي يرجع إلى المحال به، فنوعان:

أحدهما: أن يكون دينًا...

والثاني: أن يكون لازمًا؛ فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة، وما يجري مجراه؛ لأن ذلك دين تسمية، لا حقيقة؛ إذ المولى لا يجب له على عبده دين، والأصل أن كل دين لا تصح الكفالة به، لا تصح الحوالة به»[٣].

وقال الماوردي في الحاوي: «وأما المحال به، تعريفه، وأحواله، فهو الحق الذي يتحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وللحق ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون لازمًا مستقرًا.

= ولما رأيت تداخل اللزوم والاستقرار أدرجتهما في مبحث واحد بجامع أن كلًا من اللازم والمستقر ليس عرضة للسقوط، وما كان كذلك فهو مستقر، والله أعلم.

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٦)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٦)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠)، حاشية الرملي (٢/ ٢٣٠)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤)، الإنصاف (٥/ ٢٢٤).

(٢) فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٣٤٠).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٦).

والثاني: أن يكون غير لازم ولا مستقر.

والثالث: أن يكون لازمًا غير مستقر.

فإن كان الحق لازمًا مستقرًا كأروش الجنايات، وقيم المتلفات... فالحوالة به إذا كانت على مثل صفته جائزة...

فإن كان الحق غير لازم، ولا مستقر كمال الجعالة، وعوض الكتابة، فالحوالة به لا تصح؛ لأن ما لم يجب قبل الحوالة لم يصر واجبًا بالحوالة.

وإن كان لازمًا غير مستقر، كالثمن في مدة الخيار، ففي جواز الحوالة وجهان:

أحدهما: أنه تجوز إن قيل إنها عقد إرفاق.

والثاني لا تجوز إن قيل: إنها عقد بيع»[(١)].

وقال الغزالي: «الشرط الثاني للدين: أن يكون لازمًا، أو مصيره إلى اللزوم، فتجوز الحوالة بالثمن، وعلى الثمن في مدة الخيار على الصحيح، ثم إن فسخ انقطعت الحوالة.

وفي نجوم الكتابة ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع؛ لأنه ليس بلازم عليه.

والثاني: نقل عن ابن سريج جواز الحوالة به وعليه جميعًا لثبوته، وتأكده.

والثالث: أنه لا تجوز الحوالة عليه؛ إذ لو صح لعتق العبد، ولصار الدين لازمًا على العبد، وتصح حوالة العبد به، فيبرأ العبد، ويعتق، ويلزم الدين في ذمة المحال عليه، فلا بعد فيه»[(٢)].

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩)، وانظر فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٣٤١).

(٢) الوسيط (٣/ ٢٢٣).

وجاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع في معرض كلامه على شروط صحة الحوالة، قال: «الثالث: كون الحق: أي الدين المحال به، وعليه لازمًا»[١].

وقال المرداوي الحنبلي في الإنصاف: «وقيل: يشترط كون المحال به مستقرًا كالمحال عليه، اختاره القاضي في المجرد، وجزم به الحلواني، قال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والمستوعب، والخلاصة: يشترط لصحتها أن تكون بدين مستقر، وعلى دين مستقر...

قال في التلخيص: فلا تصح الحوالة بغير مستقر، ولا على غير مستقر. فلا تصح في مدة الخيار، ولا في الأجرة قبل استيفاء المنفعة، ولا في الصداق قبل الدخول. وكذلك دين الكتابة. على ظاهر كلام أبي الخطاب»[٢].

وأما المالكية فقال خليل في مختصره: «شرط الحوالة رضا المحيل والمحال فقط، وثبوت دين لازم»[٣].

فيشمل كلمة (دين لازم) الدين المحال به، والدين المحال عليه، إلا أن غالب شراح خليل مثلوا له في دين المحال عليه.

القول الثاني:

ذهب الحنابلة في المشهور، إلى أنه لا يشترط استقرار المحال به.

قال في الإنصاف: «وإن كانت الحوالة بمال لم يشترط استقراره، وتصح الحوالة به على الصحيح من المذهب»[٤].

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ص٢/ ٣١٠).

(٢) الإنصاف (٥/ ٢٢٤).

(٣) مختصر خليل (ص٢١١)، وانظر مواهب الجليل (٥/ ٩٢)، منح الجليل (٦/ ١٨١).

(٤) الإنصاف (٥/ ٢٢٣)، وانظر المبدع (٤/ ٢٧٢).

وقال ابن قدامة في الكافي: «ولا يعتبر استقرار المحال به؛ لجواز أداء غير المستقر... ولو أحال الزوج زوجته قبل الدخول بصداقها صح»[١].

وفي تصحيح الفروع: «ولا يعتبر استقرار المحال به، فلو أحال الزوج زوجته قبل الدخول بصداقها، أو أحال المشتري البائع بثمن البيع في مدة الخيار، أو أحال المكاتب سيده بنجم قد حل صح ذلك»[٢].

وقال في كشاف القناع: «ولا يشترط للحوالة استقرار المحال به»[٣].

وفي شرح منتهى الإرادات: «ولا يشترط استقرار محال به، فتصح بجعل قبل عمل؛ لأن الحوالة به بمنزلة وفائه، ويصح الوفاء قبل الاستقرار»[٤].

ولأن اشتراط استقرار المحال به لا يثبت إلا بدليل من كتاب أو سنة، أو إجماع، ولا دليل على اشتراط استقرار المحال به، وإذا صح في عقد البيع أن يقبض البائع الثمن، ويقبض المشتري المبيع زمن الخيار، وقبل لزوم العقد صح أن يقبض المحال دينه غير المستقر، فإن لم يثبت الدين انتقضت الحوالة، وإن استقر بعد القبض لزمت الحوالة، غاية ما فيه أنه وفاه حقه قبل استقراره، وهذا ليس بحرام، وإذا صح أن يحال من لا دين له على من عليه دين، ويكون العقد وكالة بالقبض صح أن يحال من له دين غير مستقر من باب أولى، وهذا هو الراجح، والله أعلم.



(١) الكافي (٢/ ٢١٨).

(٢) تصحيح الفروع (٤/ ٢٥٧)، وانظر مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية، مادة (١١٦٩).

(٣) كشاف القناع (٣/ ٣٨٤).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٥).



المبحث الثاني
في اشتراط أن يكون دين المحال عليه لازمًا مستقرًا

[م-١١٢٤] سبق لنا أن الحنفية والشافعية في أحد الوجهين وابن الماجشون من المالكية لا يشترطون أن يكون المحال عليه مدينًا لصحة الحوالة، وبالتالي لا يتأتى هذا الشرط على هذا المذهب، كما سبق لنا أن الحنفية لا يصححون الحوالة إلا برضا المحال عليه، فإذا رضي بالحوالة فقد التزم الحق، سواء أكانت ذمته مشغولة بدين أم لا، فلا يكون الحق على المحال عليه عرضة للسقوط.

وأما الذين يشترطون أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل. وهم الجمهور فاختلف موقفهم من هذا الشرط على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكية والصحيح من مذهب الشافعية، والحنابلة في المشهور إلى اشتراط أن يكون الدين المحال عليه لازمًا.

زاد الشافعية: أو صائرًا إلى اللزوم[(١)].

قال خليل في مختصره: «وثبوت دين لازم»[(٢)].

قال الدردير: «واحترز بقوله: لازم عن دين صبي، وسفيه، ورقيق بغير إذن ولي وسيد، فلا تصح الإحالة عليهم به»[(٣)].

---

(١) الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٤١)، روضة الطالبين (٤/ ٢٢٩، ٢٣٠).

(٢) مختصر خليل (ص٢١١).

(٣) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٦)، وانظر شرح الخرشي (٦/ ١٧)، حاشية العدوي على شرح =

قال الصاوي في حاشيته: «فلا تصح الحوالة عليهم: أي لعدم لزوم ذلك الدين؛ لأن لولي الصغير والسفيه، وسيد الرقيق طرح الدين عنهم»(١).

وفي منح الجليل: «ووصف دين بلازم فلا تصح الحوالة على دين على صبي، أو سفيه تداينه بغير إذن وليه، أو رقيق بغير إذن سيده»(٢).

قال النووي في الروضة: «والدين ضربان: لازم، وغيره، أما غيره ففيه مسائل:

إحداها: الثمن في مدة الخيار تصح الحوالة به، وعليه على الأصح... أما الحوالة بالثمن بعد انقضاء الخيار، وقبل قبض المبيع فالمذهب الذي عليه الجمهور القطع بجوازها، وللمسعودي إشارة إلى منعها؛ لكونه غير مستقر.

وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه.

المسألة الثانية: إذا أحال السيد على مكاتبه بالنجوم لم يصح على الأصح، وقال الحليمي: يصح...

الثالثة: مال الجعالة، القياس أن يجيء في الحوالة به وعليه الخلاف المذكور في الرهن به وفي ضمانه.

وقطع المتولي بجوازها به وعليه بعد العمل، ومنعها قبله.

قال النووي: قطع الماوردي بالمنع مطلقًا. والله أعلم.

قال المتولي: لو أحال من عليه الزكاة الساعي جاز: إن قلنا: إنها استيفاء.

وإن قلنا: إنها اعتياض فلا؛ لامتناع أخذ العوض عن الزكاة.

= كفاية الطالب الرباني (٢/ ٣٦٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٤٢٥)، مواهب الجليل (٥/ ٩٢).

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٤٢٥).

(٢) منح الجليل (٦/ ١٨١).

الضرب الثاني: الدين اللازم فتجوز الحوالة به وعليه سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب، أو اختلفا»[١].

وقال ابن قدامة: «ولا تصح إلا بشروط خمسة:

أحدها: أن يحيل على دين مستقر؛ لأن مقتضاها إلزام المحال عليه الدين مطلقًا، ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط؛ ولا يعتبر إستقرار المحال له؛ لجواز أداء غير المستقر»[٢].

القول الثاني:

لا يشترط لزوم دين المحال عليه ولا استقراره، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية[٣]، واختاره بعض الحنابلة.

قال في الإنصاف: «الحوالة تارة تكون على مال وتارة تكون بالمال - يشير إلى المحال به والمحال عليه - فإن كانت الحوالة على مال: فيشترط أن يكون المال المحال عليه مستقرًا على الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم.

وقيل: تصح الحوالة على مال الكتابة بعد حلوله. وفي طريقة بعض الأصحاب: أن المسلم فيه منزل منزلة الموجود، لصحة الإبراء منه، والحوالة عليه وبه.

وقال الزركشي: لا يظهر لي منع الحوالة بالمسلم فيه، وظاهر ما قدمه في

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٢٩، ٢٣٠)، وانظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣١٠)، .
(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٨).
(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٢٩، ٢٣٠).

المحرر: صحة الحوالة على المهر قبل الدخول، وعلى الأجرة بالعقد. وإن كانت الحوالة بمال (المال المحال به) لم يشترط استقراره»[١].

وقال في كفاية الأخيار: «قد اتفقا على تصحيح الحوالة بثمن في زمن الخيار وعليه، مع أنه غير لازم فضلًا عن الاستقرار، إلا أنه يؤول إلى اللزوم، وأما بعد مضي الخيار، وقبل قبض المبيع فالمذهب الذي قطع به الجمهور: أنه تصح الحوالة به وعليه، مع أنه غير مستقر؛ لجواز تلف المبيع، فلا يستقر إلا بقبض المبيع، وكذا تجوز الحوالة بالأجرة، وكذا الصداق قبل الدخول، والموت ونحو ذلك...»[٢]. يعني وإن كانت غير مستقرة.

❑ الراجح:

إذا كان المحال عليه غير مدين صحت الحوالة عليه، وصار المحال عليه ضامنًا دين المحيل بقبوله الحوالة، وله الرجوع، وهذا لا يحتاج فيه إلى استقرار الدين ولزومه.

وإن كانت الحوالة مبنية على دين على المحال عليه، وكانت الحوالة تنقل الحق نقلًا مطلقًا بحيث لا يحق للمحال أن يرجع على المحيل فقد يكون القول بلزوم دين المحال عليه متجهًا حفظًا لحق المحال.

وإن قلنا: إنْ تعرض دين المحال عليه للسقوط فللمحال الرجوع بدينه على المحيل كما لو كانت الإحالة بزمن الخيار، أو كانت الإحالة على أجرة قد انفسخت لم يكن اشتراط لزوم الدين واستقراره ضرورة، والله أعلم.

---

(١) الإنصاف (٥/ ٢٢٣).

(٢) كفاية الأخيار لزكريا الأنصاري (١/ ٢٦٤).

الشرط الحادي عشر
أن يكون الدين المحال به والمحال عليه معلومًا

[م-١١٢٥] نص الحنفية والشافعية والحنابلة على اشتراط أن يكون المحال به معلومًا، ونص المالكية على اشتراط تساوي الدينين قدرًا وصفة، والعلم بذلك ينافي الجهالة.

جاء في مجلة الأحكام العدلية: «يلزم أن يكون المحال به معلومًا، فلا تصح حوالة الدين المجهول»[١].

وقال الشيرازي: «ولا تجوز إلا بمال معلوم؛ لأنا بينا أنه بيع، فلا تجوز في مجهول»[٢].

وقال ابن قدامة: «أن تكون بمال معلوم؛ لأنها إن كانت بيعًا فلا تصح في مجهول، وإن كانت تحول الحق، فيعتبر بها التسليم، والجهالة تمنع منه»[٣].

وقال في الكافي: «أن يكون بمال معلوم على مال معلوم؛ لأنه يعتبر فيها التسليم والتماثل، والجهالة تمنعها»[٤].

وقد نص المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧] على اشتراط تساوي

---

(١) انظر مادة (٦٨٨)، وانظر البحر الرائق (٦/ ٢٧٠)،.
(٢) المهذب (١/ ٣٣٧).
(٣) المغني (٤/ ٣٣٨).
(٤) الكافي (٢/ ٢١٩).
(٥) القوانين الفقهية (ص٢١٥)، مواهب الجليل (٥/ ٩٣)، منح الجليل (٦/ ١٨٨).
(٦) إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣١).
(٧) الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، المبدع (٤/ ٢٧٢).

الدينين قدرًا وصفة.

قال ابن رشد في بداية المجتهد: وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط: . . .

الثاني: أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر، والصفة»[(١)].

ويلزم من اشتراط تماثل الدينين في الصفة والمقدار إحاطة العلم بهما، لهذا أجد أن هذا الشرط معتبر عند الأئمة الأربعة.

واعتبار هذا الشرط مما تختلف فيه الحوالة عن الكفالة، فيستثنى من قاعدة: كل ما تصح الكفالة به تصح الحوالة به، وكل ما لا تصح الكفالة به لا تصح به الحوالة، يستثنى من هذه القاعدة: أن الكفالة بالمال المجهول تصح على الصحيح، وإن كانت لا تصح الحوالة به، فلو قال: أنا كفيل بما يثبت لك على فلان، صحت الكفالة، ولكن لو قال: قبلت الحوالة بما يثبت لك من فلان لم تصح الحوالة[(٢)].



(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٥).

(٢) انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٣١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢، ٣٤٣).

الشرط الثاني عشر
كون المال المحال به
أو عليه يصح الاعتياض عنه

[م-١١٢٦] اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون المال المحال به أو عليه مما يصح الاعتياض عنه على قولين:

القول الأول:

يشترط أن يكون المال المحال به أو عليه مما يصح الاعتياض عنه وهذا مذهب الجمهور إلا أنهم اختلفوا في تحديد المال الذي يصح الاعتياض عنه قبل قبضه(١)، ولذلك اخترت دين السلم مثالًا لاتفاقهم عليه.

فلا تصح الحوالة بدين السلم وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية والمذهب عند الحنابلة؛ لأن دين السلم لا يصح بيعه عندهم قبل قبضه.

وصورته: أن يكون لرجل طعام من سلم، وعليه مثله من قرض، أو سلم آخر، أو بيع، فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم.

جاء في حاشية قليوبي وعميرة: «ويستثنى دين السلم فإنه لازم، ولا تصح الحوالة به، ولا عليه على الصحيح»(٢).

---

(١) الاعتياض عن المبيع قبل قبضه محل خلاف بين الفقهاء، فالشافعية يرون أن كل مبيع لا يجوز الاعتياض عنه قبل قبضه، والمالكية يرون ذلك خاصًا بالطعام، والحنابلة وفي قول للمالكية يرون أن ذلك فيما يكون قبضه بحاجة إلى توفية من كيل، أو وزن، أو عد، أو ذرع، لذلك اخترنا دين السلم لاتفاق جمهورهم على أنه لا يجوز الاعتياض عنه قبل قبضه.

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٩٩، ٤٠٠)، وانظر أسنى المطالب (٢/ ٢٣١)، حاشية الجمل (٣/ ٢٣٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٤).

وجاء في تصحيح الفروع: «فلا تصح الحوالة بدين السلم، ولا عليه»[١].

وقال ابن قدامة: «فلا تجوز الحوالة بدين السلم، ولا عليه؛ لأنه لا تجوز المعاوضة عنه به، ولا عنه»[٢].

ويوافقهم المالكية على اعتبار هذا الشرط، وهو أن يكون المال المحال به أو عليه مما يصح الاعتياض عنه، إلا أنهم يخصون المنع فيما إذا كان دين السلم طعامًا؛ فقد نص المالكية خلافًا لأشهب على امتناع أن يكون الدينان المحال به، والمحال عليه طعامين من بيع سلم؛ لأنه هو الذي لا يصح بيعه عندهم قبل قبضه.

جاء في الشرح الكبير: «وألا يكون الدينان المحال به، وعليه طعامًا من بيع سلم؛ لئلا يدخله بيع الطعام قبل قبضه»[٣].

وأما إذا كان المسلم فيه ليس طعامًا، وكان المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يدًا بيد فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، وبالتالي تصح الحوالة به[٤].

---

(١) الفروع (٤/ ٢٥٧)، وانظر الإنصاف (٥/ ٢٢٤).

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٨)، وانظر المغني (٤/ ٢٠٠، ٢٠١، ٣٣٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٦).

(٣) الشرح الكبير (٣/ ٣٢٧)، وانظر الخرشي (٦/ ١٩).

(٤) جاء في المدونة (٤/ ٨٧): «قال مالك: لا بأس أن تبيع ما سلفت فيه إذا كان من غير ما يؤكل ويشرب من غير الذي عليه ذلك السلف بأقل أو بأكثر أو بمثل ذلك إذا انتقدت، وأما الذي عليه السلف فلا تبعه منه قبل الأجل بأكثر ولا تبعه منه إلا بمثل الثمن أو أقل ويقبض ذلك».

وقال ابن عبد البر في الكافي (ص٣٤٢): «وأما بيع ما سلمت فيه من العروض كلها من غير بائعها فلا بأس بذلك قبل قبضه عند أجله أو قبل أجله بما شئت من الثمن... وهذا كله فيما عدا المأكول والمشروب، وأما المأكول والمشروب من الأدم والطعام كله فلا يباع شيء منه قبل أن يقبض ويستوفى لا من بائعه ولا من غيره...». =

وسبق بحث هذه المسألة في باب السلم، وبيان الراجح.

❑ وجه اعتبار هذا الشرط:

هذا القول مبني على أن الحوالة من قبيل بيع الدين، ودين السلم لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه مطلقًا عند الشافعية والحنابلة، وعند المالكية بشرط أن يكون المسلم فيه طعامًا، لأنه من بيع الطعام قبل قبضه، وقد نهي عن ذلك.

وحجتهم:

(ح-٦٦٣) ما رواه أبو داود من طريق عطية بن سعد عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: **من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره**[١].

[ضعيف][٢].

ويناقش:

سبق أن بينا أن الراجح في الحوالة أنها عقد إرفاق ومعروف، وليس من قبيل بيع الدين بالدين، فهي قائمة على تحويل الدين، وليس تبديله، ولو كانت الحوالة بيعًا لمنعت؛ لأنها من قبيل بيع الدين بالدين المجمع على منعه، والله أعلم.

والغريب أن الحنابلة لا يرون أن الحوالة من قبيل بيع الدين، ثم يمنعون من الحوالة بدين السلم أو عليه؛ بناء على أنه من قبيل أخذ العوض عنه قبل قبضه.

قال ابن قدامة: «السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه»[٣].

= وانظر تهذيب المدونة للبراذعي (٣/ ٧٠)، الخرشي (٥/ ٢٢٧)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٥)، التاج والإكليل (٤/ ٥٤٢).

(١) سنن أبي داود (٣٤٦٨).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ح٥٣٥).

(٣) المغني (٤/ ٣٣٦، ٣٣٧).

ثم علل ذلك كونه لا تصح الحوالة به بقوله: «لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه، لقول النبي ﷺ: **من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»[(١)].

وعلل كونه لا تصح الحوالة عليه بقوله: «لأن دين السلم ليس بمستقر؛ لكونه بعَرَض الفسخ؛ لانقطاع المسلم فيه»[(٢)].

وهذا لا يتفق مع ما قاله ابن قدامه في توصيفه عقد الحوالة، قال: «والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه، ليس بمحمول على غيره؛ لأنها لو كانت بيعًا لما جازت، لكونها بيع دين بدين، ولما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع مال الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله»[(٣)].

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وهي عقد إرفاق منفرد بنفسه، ليس محمولًا على غيره»[(٤)].

القول الثاني:

تصح الحوالة بدين السلم وعليه، وهو مذهب الحنفية، وقول في مذهب الشافعية، واختاره بعض الحنابلة.

جاء في العناية شرح الهداية: «البيع معاوضة من كل وجه، والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش، فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه،

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق (٤/ ٣٣٦).
(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٥٦).

وبرأس مال السلم، ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالًا بالمسلم فيه، وبرأس المال، وهو لا يصح»[١].

وجاء في الفتاوى الهندية: «وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال... وتجوز الحوالة بالمسلم فيه وكذلك الكفالة»[٢].

وفي بدائع الصنائع: «وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه»[٣].

وفي حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: «وتجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه؛ لأنه دين مضمون كسائر الديون، وقبضه من المسلم إليه بعينه ليس بشرط... وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال، ثم إن وجد قبض رأس المال... في مجلس المتعاقدين جاز، وإلا بطل»[٤].

وجاء في حاشية البحر الرائق: «خمسة أشياء تجوز في السلم: الوكالة، والحوالة، والكفالة، والإقالة، والرهن»[٥].

وقال في بدائع الصنائع: «ولو اشترى شيئًا بثمن دين، ولم يضف العقد إلى الدين حتى جاز، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذي له عليه جازت الحوالة، سواء كان الدين الذي أحيل به دينًا يجوز بيعه قبل القبض، أو لا يجوز كالسلم ونحوه.

وذكر الطحاوي ﷺ أنه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض،

---

(١) العناية شرح الهداية (١٠/ ٥٠٩).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٦).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٤).

(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١١٨).

(٥) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين (٦/ ١٧٩).

وهذا غير سديد؛ لأن هذا توكيل بقبض الدين، فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له»(١).

وفي مذهب الشافعية، قال الماوردي: «وإن كان مما لا تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه كالسلم، فقد خرج أبو العباس بن سريج في جواز الحوالة به وجهين، من اختلاف الوجهين في الحوالة، هل هي بيع، أو عقد إرفاق؟ فجوز الحوالة به إن قيل إنها عقد إرفاق. وأبطلها إن قيل إنها بيع»(٢).

وجاء في الإنصاف: «وفي طريقة بعض الأصحاب: أن المسلم فيه منزل منزلة الموجود لصحة الإبراء منه، والحوالة عليه وبه، وقال الزركشي: لا يظهر لي منع الحوالة بالمسلم فيه»(٣).

❑ وجه القول بالجواز:

هذا القول مبني على أن الراجح في توصيف عقد الحوالة أنه من عقود الإرفاق، وليس بيعًا، وقد بحثت هذه المسألة في فصل خاص، وذكرت الأدلة على أن عقد الحوالة لا يمكن أن تنزل عليه أحكام البيع، وليس مقصودًا به الربح والتكسب والمغابنه، وإذا كان كذلك لم يمنع من صحة الحوالة بدين السلم وعليه، وهذا هو القول الراجح، والله أعلم.



(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٨٢).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩)، وانظر روضة الطالبين (٤/ ٢٣١).

(٣) الإنصاف (٥/ ٢٢٣).

الشرط الثالث عشر
في اشتراط تماثل الدين المحال به بالمحال عليه

[م-١١٢٧] الذين ذهبوا إلى اشتراط أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل اشترطوا تماثل الدينين في الجنس. فيحيل المدين بالذهب على ذهب مثله، والمدين بالفضة على فضة مثلها.

وهذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة؛ لأن الحوالة عقد إرفاق لا يراد للمعاوضة، فاعتبر فيها الاتفاق في الجنس كالقرض.

[م-١١٢٨] واختلفوا في اشتراط تساويهما في الصفة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يشترط تساويهما في الصفة فيحيل بالجيد على جيد مثله، وبالرديء على رديء مثله.

وهذا أحد القولين في مذهب المالكية اختاره ابن رشد الجد والحفيد(١)، وهو الأصح في مذهب الشافعية(٢)، وقول واحد في مذهب الحنابلة(٣).

قال ابن رشد الحفيد: «أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة؛ لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعًا، ولم يكن حوالة، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين»(٤).

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٥)، المقدمات الممهدات (٢/ ٤٠٤)، البهجة شرح التحفة (٢/ ٥٦)، القوانين الفقهية (ص٢١٥)، مواهب الجليل (٥/ ٩٣)، منح الجليل (٦/ ١٨٨).

(٢) إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣١).

(٣) الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، المبدع (٤/ ٢٧٢).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٢٥).

وقال ابن رشد الجد: «لجواز الحوالة ثلاثة شروط: . . . الثاني: أن يكون الدين الذي يحيل به مثل الدين الذي يحيله عليه في القدر والصفة، لا أقل، ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل؛ لأنه إن كان أقل أو أكثر، أو مخالفًا له في الجنس والصفة لم تكن حوالة، وكان بيعًا على وجه المكايسة، فدخلها ما نهي عنه من الدين بالدين أيضًا»(١).

وقال النووي في الروضة: «الشرط الثالث: اتفاق الدينين، فيشترط اتفاقهما جنسًا وقدرًا. . . وصحة وتكسرًا، وجودة ورداءة»(٢).

وفي حاشية قليوبي وعميرة: «ويشترط تساويهما أي المحال به وعليه جنسًا وقدرًا»(٣).

وقال ابن قدامة: «من شروط صحة الحوالة. . .

أحدها: تماثل الحقين؛ لأنها تحويل للحق، ونقل له، فينقل على صفته، ويعتبر تماثلها في أمور ثلاثة: الجنس، فيحيل من عليه ذهب بذهب، ومن عليه فضة بفضة، ولو أحال من عليه ذهب بفضة، أو من عليه فضة بذهب لم يصح.

الثاني: الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح»(٤).

وقال في الإنصاف: «الثاني: اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول، والتأجيل بلا نزاع في الجملة»(٥).

---

(١) المقدمات الممهدات (٢/ ٤٠٤).
(٢) الروضة (٤/ ٢٣١).
(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٤٠٠).
(٤) المغني (٤/ ٣٣٧).
(٥) الإنصاف (٥/ ٢٢٥).

القول الثاني:

يجوز التحول بالأعلى على الأدنى، وهو قول اللخمي والمازري، وابن شاس والمتيطي من المالكية[١].

ومقتضى هذا القول أنهم يشترطون تماثل الدينين في الجنس والمقدار، ويجيزون التفاوت في الصفة بشرط أن يكون المحال عليه أدنى من المحال به وليس العكس.

جاء في مواهب الجليل: «نص اللخمي مع المازري والمتيطي، وقال: شروطها - يعني الحوالة - ستة، كونها على دين، واتحاد جنس الدينين، واتحاد قدرهما، وصفتهما، أو كون المحال عليه أقل أو أدنى»[٢].

وجهه: أنه موافق لمقتضى عقد الحوالة بكونها عقد إرفاق وإحسان، فإذا أحاله بالأعلى على الأدنى والأقل جودة، كان هذا زيادة في المعروف.

القول الثالث:

تجوز الحوالة بالقليل على الكثير، وبالرديء على الجيد، وبالمكسر على الصحيح، وهو وجه في مذهب الشافعية[٣].

قال الرافعي في الشرح الكبير: وكأن المحيل تبرع بالزيادة[٤].

ومقتضى هذا القول: أنهم يشترطون تماثل الدينين في الجنس، ويجيزون تفاوتهما في المقدار والصفة بشرط أن يكون المحال به أقل قدرًا أو صفة من المحال عليه. على عكس مذهب المالكية في التفاوت في الصفة.

---

(١) البهجة في شرح التحفة (٢/ ٩٤)، منح الجليل (٦/ ١٩٢)،.

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٩٤).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٤٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥).

(٤) الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٤٣).

❑ الراجح:

أما اتفاق الجنس فإن اعتباره صحيح؛ لأن العقد ينقلب إلى معاوضة، والحوالة لا تقوم على استبدال الدين وإنما على تحويله وانتقاله، فإذا انتقلت إلى المعاوضة فيجب أن يطبق عليها أحكام بيع الدين[١].

وأما الحوالة بالجيد على الرديء وبالصحيح على المكسر إذا كانا من جنس واحد فهذا جائز؛ لأنه موافق لمقتضى عقد الحوالة القائم على المعروف والإحسان، وهذا منه، حتى على القول بأن الحوالة بيع فإن الإسلام قد ألغى الجودة في استبدال الربوي بمثله.

وأما الحوالة بالقليل على الكثير إذا كانا من جنس واحد، فهنا اختلاف في مقدار الدين، فالذين يرون أن الحوالة بيع يمنعونه، ولا أرى مانعًا شرعيًا من صحته ونقول: إن المحيل (المدين) قد تبرع بالزيادة، وهو داخل في حسن القضاء المأمور به المدين، خاصة إذا لم يكن هناك شرط واتفاق، وقلنا: إن عقد الحوالة قائم على المعروف والإحسان.

وأما الحوالة بالكثير على القليل إذا كانا من جنس واحد فكذلك الصحيح جوازه، وكأن المحال أبرأ المحيل وأسقط عنه مقدارًا من دينه، ولا محذور في ذلك. والله أعلم.



---

(١) انظر شرح ميارة (١/ ٣٣٠)، الذخيرة (٩/ ٢٤٤).

الشرط الرابع عشر
في اشتراط اتحاد الدينين حلولاً وأجلاً

[م-١١٢٩] من لا يشترط مديونية المحال عليه كالحنفية لا يتأتى مثل هذا الشرط في مذهبهم؛ لأن اشتراط اتحاد الدينين يلزم منه اشتراط وجود دينين محال به، ومحال عليه، وهذا ليس بشرط عند الحنفية، فتصح الحوالة على المحال عليه عندهم، ولو لم يكن مدينًا.

وأما من يشترط وجود دين على المحال عليه فاختلفوا في اشتراط اتحاد الدينين على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يشترط حلول الدين المحال به، وأما الدين المحال عليه فيصح مؤجلًا ومعجلًا. فإن كان الدين المحال به غير حال فلا تجوز إلا أن يكون الدين الذي ينتقل إليه حالًا، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف فيجوز، وهذا مذهب المالكية[١].

❑ وجه هذا القول:

أما وجه اشتراط حلول الدين المحال به؛ فلأنه إذا كان الدين المحال به مؤجلًا، وكان الدين المحال عليه مؤجلًا، كان هذا يعني الوقوع في بيع الدين بالدين، وهذا لا يجوز.

---

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٧٠)، مواهب الجليل (٥/ ٩٢، ٩٣)، شرح الخرشي (٦/ ١٨)، التاج والإكليل (٥/ ٩٢، ٩٣)، شرح ميارة (١/ ٣٣٠)، الشرح الصغير (٣/ ٤٢٦)، منح الجليل (٦/ ١٨٧).

وإن كان الدين المحال به مؤجلًا، والدين المحال عليه حالًا، كان هذا من قبيل ضع وتعجل، وهي لا تجوز على أصول المالكية[(١)].

بخلاف ما إذا كان الدين المحال به حالًا، فإن الدين المحال عليه إن كان حالًا كان حالًا بحال، وهذا جائز.

وإن كان الدين المحال عليه مؤجلًا، وقبل المحال كان هذا من تأجيل الحال، وهو معروف منه محض، فيجوز[(٢)].

القول الثاني:

يشترط اتفاق الدينين حلولًا وأجلًا، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، وبه قال ابن حزم[(٣)].

جاء في أسنى المطالب: «الشرط الثالث: اتفاق الدينين جنسًا وقدرًا، وحلولًا وتأجيلًا... ولو في غير الربوي؛ لأن الحوالة ليست على حقيقة المعاوضات، وإنما هي معاوضة إرفاق جوزت للحاجة، فاعتبر فيها الارتفاق كما في القرض»[(٤)].

وقال ابن حزم: «وتجوز الحوالة بالدين المؤجل على الدين المؤجل إلى مثل أجله، لا إلى أبعد، ولا إلى أقرب، وتجوز الحوالة بالحال على الحال، ولا

---

(١) المدونة (٤/ ٦٣)، المنتقى للباجي (٥/ ٦٥)، الفواكه الدواني (٢/ ٩١).
(٢) انظر المنتقى للباجي (٥/ ٧٠).
(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، حاشية الجمل (٣/ ٣٨١)، البيان للعمراني (٦/ ٢٨٣)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩)، كفاية الأخيار (١/ ٢٦٥)، حواشي الشرواني (٤/ ٤٠٩)، الإنصاف (٥/ ٢٢٥)، المبدع (٤/ ٢٧٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٥)، المحلى، مسألة (١٢٢٩).
(٤) أسنى المطالب (١/ ٢١٩).

تجوز بحال على مؤجل، ولا بمؤجل على حال، ولا بمؤجل على مؤجل إلى غير أجله؛ لأن في كل ذلك إيجاب تأجيل حال، أو إيجاب حلول مؤجل. ولا يجوز ذلك؛ إذ لم يوجبه نص ولا إجماع. وأما المؤجل بالمؤجل إلى أجله فلم يمنع منه نص، ولا إجماع، فهو داخل في أمره ﷺ: من اتبع على مليء أن يتبعه»(١).

وجه اشتراط اتحاد الدينين بالأجل: أنه إذا أحاله بحال على مؤجل فإن هذا يعني تأجيل الحال، والحال لا يتأجل.

ولأن عقد الحوالة عقد إرفاق، لا مجال فيه للتكسب والربح، وإذا أحاله بحال على مؤجل يكون المحال قد انتقص حقه، لأن المعجل خير من المؤجل، وما نقص في حق المحال كان زيادة في حق صاحبه، فيخرج عقد الإرفاق عن موضوعه.

القول الثالث:

تجوز الحوالة بالمؤجل على الحال دون العكس، وتجوز بالأبعد أجلًا على الأقرب، وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعية(٢).

وجهه: لا تجوز بالحال على المؤجل؛ لأنه تأجيل للحال، والحال لا يتأجل عند الشافعية.

وأما الحوالة بالمؤجل على الحال، فجاز على أحد الوجهين عند الشافعية؛ لأنه يمكن تعجيل المؤجل.

و الوجه الثاني: لا تصح، وهو قول البغداديين من الشافعية؛ لأن المحيل قد زاد المحال في حقه كما لو كان له ألف حالة فزاده فيها ليجعله مؤجلًا.

---

(١) المحلى (٦/ ٣٩٥).

(٢) البيان للعمراني (٦/ ٢٨٣)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)،.

❑ الراجح في هذه المسألة:

أن تأجيل المعجل أو تعجيل المؤجل كل ذلك لا محذور فيه شرعًا، وهو متفق مع مقتضى عقد الحوالة القائم على الإرفاق والمعروف فلا منافاة بينهما، والله أعلم.



الشرط الخامس عشر
في اشتراط كون الدين المحال به أو عليه مثليًا

جاء في الموسوعة الكويتية: كل ما لا يصح السلم فيه لا تصح الحوالة به.

مر معنا عند الكلام على أقسام المال في عقد البيع أن المال ينقسم إلى مثلي وقيمي.

فالمثلي هو: «كل ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به»[١].

والقيمي: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به»[٢].

واعتمد هذا التعريف صاحب مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية[٣].

[م-١١٣٠] ولم يختلف الفقهاء في الدين المثلي على صحة الحوالة به وعليه.

[م-١١٣١] واختلفوا في غير المثلي من المتقومات، وهذه المسألة ترجع إلى مسألة أخرى: هل يثبت المال القيمي دينًا في الذمة؟

فمن رأى أن الدين يثبت في كل مال يمكن ضبط صفاته مما يصح السلم فيه، سواء كان مثليًا أو متقومًا؛ لأن الأصل في المعاملات الحل والصحة، ولا يوجد دليل يمنع من ثبوت المال القيمي في الذمة من رأى هذا لم يمنع من الحوالة بالدين القيمي إذا كان مما يمكن ضبط صفاته.

---

(١) الدر المختار (٦/ ١٨٥).

(٢) المرجع السابق (مادة: ١٤٦).

(٣) انظر المادة: ١٩٣، ١٩٤ .

وهذا مذهب جماهير أهل العلم[١].

ومن قال: إن الدين لا يثبت إلا في المال المثلي؛ لأن ما في الذمة يجب رد مثله، والمتقوم لا مثل له، لم ير الحوالة في المال القيمي.

إذا علم هذا نأتي إلى مسألتنا، فنقول: اختلف العلماء في الحوالة بالمال القيمي:

القول الأول: مذهب الحنفية.

يشترط الحنفية أن يكون المحيل مدينًا للمحال، وقد مر معنا، وعليه فالحوالة عندهم لا تكون إلا في الديون، والدين هو ما ثبت في الذمة إلا أنهم يقسمون ما يثبت في الذمة إلى قسمين:

القسم الأول:

ما يثبت في الذمة مطلقًا سواء كان ذلك عن طريق المعاوضة، أو عن طريق القرض. وهذا خاص بالمثليات كالمكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، فهذه الديون تصح الحوالة بها وعليها مطلقًا، سواء كانت ناشئة عن دين، أو قرض، أو إتلاف أو غير ذلك[٢].

قال ابن نجيم: «ويجوز القرض فيما هو من ذوات الأمثال كالمكيل، والموزون والعددي المتقارب كالبيض والجوز؛ لأن القرض مضمون بالمثل، ولا يجوز في غير المثلي؛ لأنه لا يجب دينا في الذمة»[٣].

فقوله عن القرض بأنه لا يجوز في غير المثلي؛ لأنه لا يجب دينًا في الذمة،

(١) انظر عقد السلم في المجلد الثامن.

(٢) انظر بدائع الصنائع (٤/ ١٩٣)، البحر الرائق (٧/ ٢٩٨).

(٣) البحر الرائق (٦/ ١٣٣).

والحوالة إنما هي في دين ثابت في الذمة، فهذا يعني أن الدين الناشئ عن قرض لا يكون في المتقوم، فلا تصح الحوالة به ولا عليه.

وقال ابن عابدين في حاشيته: «لا يصح القرض في غير المثلي؛ لأن القرض إعارة ابتداء، حتى صح بلفظها، معاوضة انتهاء؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، فيستلزم إيجاب المثلي في الذمة، وهذا لا يتأتى في غير المثلي»(١).

القسم الثاني:

ما يثبت دينًا في الذمة عن طريق المعاوضة، ولا يثبت دينًا من جهة القرض كالثياب، والعروض التي يمكن ضبط صفاتها. كما لو باع عبده بثوب موصوف في الذمة إلى أجل، أو أجر داره بثوب موصوف في الذمة إلى أجل صح البيع، فهذه لا تثبت دينًا في الذمة إلا من جهة البيع والسلم، ولا تثبت دينًا في الذمة من جهة القرض(٢).

فإن كان الدين فيها ناشئًا عن معاوضة صحت الحوالة بها وعليها، وإن كان الدين فيها ناشئًا عن قرض، كان القرض فاسدًا، وبالتالي لا تصح الحوالة بها ولا عليها. هذا ملخص ما فهمته من مذهب الحنفية عند مراجعة أحكام الدين والمسلم فيه.

القول الثاني:

تصح الحوالة بالدين القيمي كالثياب والحيوان إذا كان مما يمكن ضبطه بالصفات. وهذا هو الراجح في مذهب الشافعية، والحنابلة.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦١)، وانظر أيضًا (٥/ ١٥٢).

(٢) بدائع الصنائع (٤/ ١٩٣، ١٨٢)، البحر الرائق (٧/ ٢٩٨)، حاشية ابن عابدين (٨/ ١٢٧).

جاء في فتح العزيز بشرح الوجيز: «وإن كان متقومًا - يعني دين الحوالة - كالثياب والعبيد فوجهان:

أصحهما، وبه قال ابن سريج: أنه كالمثلي لثبوته في الذمة، ولزومه[١].

وجاء في الإنصاف: «قال القاضي في المجرد: تجوز الحوالة بكل ما صح السلم فيه، وهو ما يضبط بالصفات، سواء كان له مثل، كالحبوب والأدهان، أو لا مثل له كالحيوان والثياب، وقد أومأ إليه الإمام أحمد في رواية الأثرم.

و **الوجه الثاني**: لا تصح.

قال الشارح: ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الأموال»[٢].

❑ وجه القول بالصحة:

أن المدار على إمكانية ضبط صفاته، فالمال المتقوم إذا كانت صفاته يمكن ضبطها أصبح كالمال المثلي في صحة الحوالة به وعليه؛ لأنه دين لازم يثبت في الذمة فتصح الحوالة به وعليه.

ولأن الحوالة عقد إرفاق وإحسان، فاغتفر التفاوت اليسير بين المتقومات.

وهذا المذهب ليس بعيدًا عن أصول المالكية؛ لأن المالكية من أوسع المذاهب في جواز أن يكون المسلم فيه مالًا قيميًا فصححوا السلم في الرؤوس

---

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٣٤٢).

(٢) الإنصاف (٥/ ٢٢٦)، وانظر تصحيح الفروع (٤/ ٢٥٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢١٩، ٢٢٠)، المبدع (٤/ ٢٧٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٥).

والأكارع، والجواهر والأواني كما مر معنا في باب السلم[١]، فإذا صح المال القيمي أن يكون دينًا في الذمة، صحت الحوالة به وعليه.

القول الثالث:

يشترط كونه مثليًا، وهو وجه في مذهب الشافعية، ووجه في مذهب الحنابلة.

قال ابن قدامة: «فأما ما يثبت في الذمة سلمًا غير المثليات، كالمذروع، والمعدود، ففي صحة الحوالة به وجهان:

أحدهما: لا تصح؛ لأن المثل فيه لا يتحرر، ولهذا لا يضمنه بمثله في الإتلاف. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

والثاني: تصح، ذكره القاضي؛ لأنه حق ثابت في الذمة، فأشبه ما له مثل»[٢].

القول الرابع:

لا تصح الحوالة إلا بالأثمان خاصة. وهذا أضعف الأقوال[٣].

❑ **الراجح:**

معلوم أن الحوالة تحويل للحق على مثله، وإنما يكون ذلك بين مالين يمكن المقاصة بينهما، فما ثبت دينًا في الذمة صحت الحوالة به وعليه، وكل ما صح السلم فيه من مال مثلي أو قيمي فهو يقبل أن يكون دينًا في الذمة، وبالتالي فإن الحوالة به وعليه حوالة صحيحة، والله أعلم.

---

(١) المنتقى للباجي (٤/ ٢٩٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٢).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٨).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٩٤).



الباب الرابع
في الشروط الجعلية في الحوالة

الفصل الأول
في اشتراط دوام يسار المحال عليه

تقدم البحث في شروط الحوالة، هل ملاءة المحال عليه شرط لصحة الحوالة؟ وتبين لنا أن الملاءة ليست شرطًا لصحة الحوالة على الصحيح.

[م-١١٣٢] ونبحث هنا في صحة اشتراط الملاءة من المحيل كشرط جعلي في صلب عقد الحوالة، وقد اختلف العلماء في صحة هذا الشرط على قولين:

القول الأول:

يصح اشتراط ملاءة المحال عليه، اختاره الباجي، وابن رشد من المالكية، وقال به بعض الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة(١).

---

(١) اختلف المالكية فيما لو اشترط المحال الرجوع على المحيل إن أفلس المحال عليه.
فقيل: له شرطه، حكاه الباجي على أنه المذهب.
وقال ابن رشد: هذا صحيح لا أعرف فيه خلافًا.
انظر المنتقى للباجي (٥/ ٦٧)، منح الجليل (٦/ ١٩٤)، مواهب الجليل (٥/ ٩٥)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٣)، المهذب (١/ ٣٣٨)، الوسيط (٣/ ٢٢٤)، المغني (٤/ ٣٣٩)، الإنصاف (٥/ ٢٢٨، ٢٢٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٢٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٧).

❑ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

الأصل في الشروط الصحة والجواز، واشتراط المحال ملاءة المحال عليه شرط فيه مصلحة، ولا محذور في اشتراطه، ولا يخالف مقتضى العقد، فكان اشتراطه صحيحًا، وفواته موجبًا لفسخ العقد، كما لو اشترط المشتري صفة في المبيع، فإنه يثبت له الفسخ بفواتها، وقد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

الدليل الثاني:

فوات الشرط من باب التغرير بالمحال، والتغرير يوجب الخيار.

القول الثاني:

لا يصح اشتراط ملاءة المحال عليه، ولا يلزم، اختاره بعض المالكية كابن عرفة، وهو المذهب عند الشافعية[(١)].

❑ دليل هذا القول:

الدليل الأول:

أنه شرط مناقض لعقد الحوالة، فعقد الحوالة يقتضي براءة المحيل من دين المحال، وانتقاله إلى ذمة المحال عليه.

ويجاب:

القول بأن شرط الرجوع يناقض عقد الحوالة إن كان المقصود به يناقض عقد

---

(١) المنتقى للباجي (٥/ ٦٧)، منح الجليل (٦/ ١٩٤)، مواهب الجليل (٥/ ٩٥)، المهذب (١/ ٣٣٨)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٣)، الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٤٤).

الحوالة المطلق فهذا صحيح، وهكذا كل الشروط لا تجب بمقتضى العقد، ولولا أن العاقد اشترطها لم يستحقها بدون اشتراط، وهذا لا يوجب بطلان الشرط، وإن كان المقصود أنه يناقض عقد الحوالة مطلقًا فغير مسلم، والله أعلم.

الدليل الثاني:

لا يعتبر الإعسار عيبًا يوجب الرجوع؛ لأن هناك فرقًا بين الإعسار وبين العيب في المبيع:

فالعيب في البيع يوجب الرجوع على البائع سواء غر البائع المشتري أو كان ذلك بدون تغرير.

وأما الإعسار فلا يوجب الرجوع مطلقًا عند الشافعية حصل تغرير من المحيل أو لا، وكذا لا يوجب الرجوع عند المالكية إذا لم يكن هناك تغرير، بأن علم المحيل بإعسار المحال عليه، وكتمه عن المحال.

قال الشيرازي: «وإن أحاله على رجل بشرط أنه مليء، فبان معسرًا، فقد ذكر المزني أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا... وقال عامة أصحابنا لا خيار له؛ لأن الإعسار نقص، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع»[1].

قال الماوردي: «إذا أحاله بالحق على رجل، فكان وقت الحوالة معسرًا لم يرجع المحتال، كما لو حدث الإعسار، سواء غره بذكر يساره، أو لم يغره.

وقال مالك: إن غره بذكر يساره يرجع عليه، وإن لم يغره لم يرجع عليه، وبه

(١) المهذب (١/ ٣٣٨).

قال أبو العباس بن سريج وحده من بين أصحابنا كلهم، قال: لأنه لما رجع المشتري في المبيع بالغرور، وجب أن يرجع المحتال بالغرور في اليسار. وهذا خطأ؛ لأنا قد دللنا على أن الإعسار لا يستحق به الرجوع إذا لم يكن غرورًا، وكذا لا يستحق الرجوع مع الغرور، والعيوب لما رجع بها مع عدم الغرور بها رجع بها مع الغرور بها.

والفرق بينهما: أن إعسار المحتال عليه قد يصل إليه من غير المحيل، فلم يكن له الرجوع بها مع الغرور، والعيوب قد لا يصل إليها من غير جهة البائع، فلذلك رجع بها مع الغرور، فصح أن لا رجوع للمحتال بإعسار المحال عليه، سواء كان إعسارًا حادثًا، أو سالفًا مغرورًا به، أو غير مغرور»[1].

❑ **الراجح:**

أن للمحال أن يشترط ملاءة المحال عليه، فإذا فاته ذلك وجب له الخيار، فإن شاء فسخ العقد، وإن شاء صبر على المحال عليه، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٣).

الفصل الثاني
في اشتراط الضمان على المحيل

إذا اشترط المحال الضمان، فإما أن يشترط الضمان من المحال عليه أو من المحيل.

[م-١١٣٣] فإن اشترط الضمان على المحال عليه، فاختلف العلماء فيه على قولين:

القول الأول:

إذا اشترط المحال الضمان من المحال عليه ووافق المحال عليه صح ذلك[١].

❑ وجه القول بالصحة:

أن المحال عليه مدين، وذمته مشغولة بالدين، وقد شرع الإسلام الرهن والضمان توثقة للدين، قال تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

قال الماوردي: «إذا كان على رجل ألف، فأحال بها على رجل، انتقلت الألف بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وجاز أن يأخذ رهنًا من المحال عليه؛ لأنها دين مستقر عليه»[٢].

القول الثاني:

لا تصح الحوالة بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنًا أو ضامنًا.

---

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٤٠١)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٦).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٦٢).

جاء في نهاية المحتاج: «لو أحال غيره بشرط أنه ضامن للحوالة، أو أن يعطيه المحال عليه رهنًا، أو كفيلا لم تصح الحوالة»[١].

وجاء في الأشباه والنظائر: «لو احتال بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنًا، أو ضامنًا فوجهان:

إن قلنا: إنها بيع جاز، أو استيفاء فلا. والأصح الثاني»[٢].

هذا في حكم اشتراط الضمان من المحال عليه.

[م-١١٣٤] وأما اشتراط الضمان على المحيل فاختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية إلى أن الحوالة إذا اشترط فيها ضمان المحيل تحولت إلى كفالة، لا حوالة؛ لأن المعتبر في العقود المقاصد والمعاني، وليس الألفاظ والمباني.

فالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ضمان الأصيل كفالة.

«قال قاضي خان ﷺ: رجل له على رجل مال، فقال الطالب للمطلوب: أحلني بما لي عليك على فلان، على أنك ضامن لذلك، فهو جائز، وله أن يأخذ المال من أيهما شاء؛ لأنه لما شرط الضمان على المحيل، فقد جعل الحوالة كفالة؛ لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة»[٣].

---

(١) تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٦).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠).

(٣) حاشية تبيين الحقائق (٤/ ١٥٣)، وانظر تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٨٨)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٥).

وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة، فلو قال أحد للمدين: أحل بمالي عليك من الدين على فلان، بشرط أن تكون أنت ضامنًا أيضًا، فأحاله المدين على هذا الوجه، فللطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء.

وهذا العقد عقد كفالة مجازًا، والمحال عليه هو الكفيل»[١].

وجاء في الفتاوى الهندية: «الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة، كذا في السراجية»[٢].

القول الثاني:

إذا شرط الضمان على المحيل لم تصح الحوالة، وهو الراجح في مذهب الشافعية.

جاء في نهاية المحتاج: «لو أحال غيره بشرط أنه ضامن للحوالة، أو أن يعطيه المحال عليه رهنًا، أو كفيلا لم تصح الحوالة»[٣].

❑ دليل الشافعية على بطلان الحوالة:

أن اشتراط الضمان في الحوالة ينافي مقتضى العقد؛ لأن الحوالة تقتضي براءة المحيل من الدين، واشتراط ما ينافي مقتضى العقد يجعله باطلًا.

وهذا التعليل يقتضي صحة اشتراط الرهن والكفيل على المحال عليه؛ لانشغال ذمته بالدين.

---

(١) درر الحكام (١/ ٨٠١) مادة: ٦٤٩ .

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٥).

(٣) تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٦).

القول الثالث:

يجوز اشتراط الضمان والرهن في الحوالة، وهو وجه مرجوح في مذهب الشافعية.

جاء في الأشباه والنظائر: «لو احتال، بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنًا، أو يقيم له ضامنًا، فوجهان، إن قلنا: بأنها بيع، جاز، أو استيفاء، فلا، والأصح الثاني»[(١)].

☐ وجه من قال: يجوز اشتراط الضمان على المحيل:

الوجه الأول:

الأصل في الشروط ا لصحة والجواز، واشتراط الضمان في الحوالة، لا يخالف نصًا، ولا يترتب على القول به محذور شرعي.

الوجه الثاني:

القول بأن اشتراط الضمان في الحوالة ينافي مقتضى عقد الحوالة غير مسلم، فهناك فرق بين أن يشترط عدم براءة المحيل، وبين أن يشترط ضمانه، فالأول هو الذي ينافي مقصود العقد وحقيقته، لأن المقصود من الحوالة براءة المحيل، وإذا شرط عدم براءته كان ذلك منافيًا لمقصود العقد، وأما شرط الضمان فلا ينافي مقصود العقد؛ لأنه لا يمنع براءة المحيل من الدين، وانتقاله إلى ذمة المحال عليه بناء على عقد الحوالة، غاية ما في الأمر، أنه يقتضي اشتغال ذمته بالدين مرة أخرى بعد براءته منه وانتقاله إلى ذمة المحال عليه،، صحيح أن المحيل بقي مطالبًا بالدين، لكن نوع المطالبة اختلف، فقبل الحوالة: كان

---

(١) الأشباه والنظائر (ص١٧٠).

مطالبًا بالدين باعتباره أصيلًا، وبعد الحوالة التي اشترط فيه ضمانه، أصبح مطالبًا بالدين باعتباره ضامنًا، لا باعتباره أصيلًا، إذ أصبح المدين الأصيل هو المحال عليه، يوضح ذلك: أن المحال - في هذه المسألة - لو أبرأ المحال عليه من الدين برئ المحيل؛ لأنه أصبح ضامنًا، وبراءة الأصيل توجب براءة الضامن، بخلاف ما لو أبرأ المحيل، حيث لا يبرأ المحال عليه؛ لأنه أصبح المدين الأصيل، وبراءة الضامن لا توجب براءة الأصيل. والله أعلم.





الفصل الثالث
في اشتراط الرجوع على المحيل عند التواء

[م-١١٣٥] من الشروط الفاسدة عند الحنفية ما لو قال: أحلتك على فلان بشرط ألا ترجع علي عند التواء.

قال ابن نجيم في البحر الرائق: «تصح الحوالة، ويبطل الشرط، فيرجع عليه عند التواء»(١).

وسيأتي معنى التوى إن شاء الله تعالى عند الكلام على رجوع المحال على المحيل بفلس أو جحود.

❑ والراجح:

أنه إذا شرط المحيل ألا يرجع عليه المحال عند التوى أنه شرط صحيح موافق لمقتضى العقد بعدم رجوع المحال على المحيل.



(١) البحر الرائق (٦/ ٢٠٥)، وانظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٥١)، الإقناع للشربيني (٢/ ٣١١).



الباب الخامس
في أحكام الحوالة

اختلف العلماء في عقد الحوالة هل عقد لازم أو جائز؟

وثمرة الخلاف أن من قال: إن الحوالة عقد لازم فإن ذلك يعني إبراء ذمة المحيل من دين المحال، ولا يحق له الرجوع، ومن قال جائز فإن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة، ويحق للمحال الرجوع على المحيل.

قال البخاري في صحيحه: «باب في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟».

قال العيني: وإنما لم يجزم بالحكم؛ لأن فيه خلافًا، وهو أن الحوالة عقد لازم عند البعض وجائز عند أخرين، فمن قال: عقد لازم، فلا يرجع فيها، ومن قال: عقد جائز فله الرجوع»[١].

وسوف ندرس إن شاء الله في المباحث القادمة المسائل التالية:

المسألة الأولى: في لزوم عقد الحوالة.

المسألة الثانية: في اشتراط الخيار في عقد الحوالة.

المسألة الثالثة: في رجوع المحيل على المحال، ويشمل:

رجوع المحال لفلس المحال عليه.

رجوع المحال لجحود المحال عليه.

في رجوع المحال إذا أحيل بثمن مبيع ثم بطل البيع.

---

(١) عمدة القارئ (١٢/ ١٠٩)، وانظر فتح الباري (٤/ ٤٦٤).

في رجوع المحال إذا أحيل بثمن مبيع، ثم فسخ البيع.

إذا أحيل على عين في يد المحال عليه ثم تلفت قبل القبض.

نسأل الله وحده ﷻ عونه وتوفيقه.



الفصل الأول
في لزوم عقد الحوالة

[م-١١٣٦] هل الحوالة عقد لازم، فإذا تم لم يرجع المحال على المحال عليه، أو أنها عقد جائز يرجع فيه المحال على المحيل ولو تمت بشروطها، وانتفت موانعها؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

عقد الحوالة يقتضي إبراء ذمة المحيل من دين المحال، وإبراء المحال عليه من دين المحيل.

وهذا مذهب الأئمة الأربعة[١].

قال الكاساني في بدائع الصنائع: «الحوالة لها أحكام منها: براءة المحيل، وهذا عند أصحابنا الثلاثة»[٢].

وجاء في شرح ميارة: «وأما حكمها فهو براءة المحيل من دين المحال، وتحول الحق إلى المحال عليه، وبراءة المحال عليه من طلب المحيل»[٣].

---

(١) المبسوط (٢٠/ ٥٢)، بدائع الصنائع (٦/ ١٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤١)، المنتقى للباجي (٦/ ٨٠)، شرح ميارة (١/ ٣٣١)، التاج والإكليل (٥/ ٩٢)، الخرشي (٦/ ١٩)، مواهب الجليل (٥/ ٩٤)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٨)، منح الجليل (٦/ ١٩٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٦)، فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٣٤٣)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢)، الإنصاف (٥/ ٢٢٨)، المغني (٤/ ٣٣٦)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٢١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٧).

(٣) شرح ميارة (١/ ٣٣١).

وجاء في فتح العزيز بشرح الوجيز: «أما حكمها فبراءة المحيل عن دين المحال، وتحول الحق إلى المحال عليه، وبراءة المحال عليه من دين المحيل»(١).

وجاء في المغني: «ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق، فرضي، فقد برئ المحيل أبدًا»(٢).

❑ **وجه هذا القول:**

الوجه الأول:

قال ابن الجوزي: «لنا حديث حزن جد سعيد بن المسيب أنه كان له دين على علي بن أبي طالب، فسأله أن يحيله على رجل، ويمضي له به عليه، ثم أتاه، فقال له: قد مات، فقال له: اخترت علينا أبعدك الله، ولم يقل له: لك الرجوع علي(٣).

وجه الاستدلال:

قال الماوردي: «لو كان له الرجوع لما استجاز علي أن يمنعه منه، وهو فعل انتشر في الصحابة لا نعرف له مخالفًا»(٤).

وأجيب على هذا:

هذه القصة لا يعلم لها إسناد، فلا حجة فيها.

«قال ابن عبد الهادي في التنقيح: هذه القصة ذكرها غير واحد من أصحاب أحمد بغير إسناد. قال شيخنا: ولم أجد لها إلى الآن سندًا، والله أعلم»(٥).

---

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز (١٠/ ٣٤٣).
(٢) المغني (٤/ ٣٣٦).
(٣) التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٠٤).
(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٤٢١).
(٥) تنقيح التحقيق (٣/ ٣١).

الوجه الثاني:

الإجماع على أن المحال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل أو وهب منه لم يصح، ولولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه، لصح الإبراء والهبة؛ لأنه دين ثابت[١].

الوجه الثالث:

من المعقول: فإن الحوالة تعني نقل الدين وتحويله؛ لأنها مشتقة من التحويل، وهو النقل، فيقتضي نقل ما أضيف إليه، وقد أضيف إلى الدين، لا إلى المطالبة؛ لأنه إذا قال: أحلت بالدين، أو أحلت فلانًا بدينه، فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه، إلا أنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة؛ لأنها تابعة[٢].

القول الثاني:

ذهب محمد بن الحسن من الحنفية بأن المحيل لا يبرأ إلا من المطالبة فقط، ولا يبرأ من الدين[٣].

ثمرة الخلاف بين هذا القول وبين الذي قبله: أن المحال لو أبرأ المحيل من الدين أو وهبه لم يصح؛ لأن الحق قد انتقل من ذمته إلى ذمة المحال عليه.

وعلى قول محمد بن الحسن يصح الإبراء والهبة[٤].

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٠).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٦/ ١٧، ١٨).

(٣) تبيين الحقائق (٤/ ١٧٢)، بدائع الصنائع (٦/ ١٢)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٦)، مجمع الأنهر (٢/ ١٤٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٣).

(٤) البحر الرائق (٦/ ٢٦٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٠).

❑ وجه هذا القول:

أن المحيل إذا قضى دين الدائن بعد الحوالة وقَبْلَ أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعًا، ويجبر على القبول، ولو كانت ذمته قد فرغت من الدين لكان متطوعًا، والمتطوع لا يجبر على القبول، كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره[١].

القول الثالث:

أن عقد الحوالة لا يبرئ المحيل، وإنما هو ضم ذمة إلى أخرى، وإلى هذا ذهب زفر من الحنفية.

قال الكاساني: «وقال زفر: الحوالة لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء»[٢].

❑ وجه قول زفر:

أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة، وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير، كما في الكفالة سواء.

ونوقش هذا:

بأن الحوالة مشتقة من التحويل، وهو النقل فكان معنى الانتقال لازمًا فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة، بخلاف الكفالة (الضمان) فهي مشتقة من الضم، أي ضم ذمة إلى أخرى. والله أعلم.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٨)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤١)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٦).

(٢) المراجع السابقة.

❑ الراجح:

بعد الاطلاع على الأقوال والأدلة أرى أن قول جماهير أهل العلم أقوى، وهو أن الحوالة تعني نقل الحق إلى ذمة المحال عليه، والله أعلم.





الفصل الثاني
دخول الخيار في عقد الحوالة

[م-١١٣٧] انتهينا في المبحث السابق إلى أن عقد الحوالة عقد لازم، والبحث الآن هل يكون جائزًا عن طريق الخيار؟

اختلف العلماء في قبول الحوالة للخيارات، على قولين:

القول الأول: مذهب الحنفية.

لا يثبت الحنفية خيار المجلس مطلقًا، لا في البيع، ولا في غيره.

وأما خيار الشرط فقالوا بثبوته في عقد الحوالة لمن يشترط رضاه، وهو المحال والمحال عليه على الصحيح في مذهبهم، ومدته ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، وأي مدة معلومة عند صاحبيه.

والقول بثبوت خيار الشرط في عقد الحوالة هو مذهب الحنابلة، واختيار ابن تيمية[١].

قال في البحر الرائق: «ويصح اشتراطه - يعني الخيار - في الحوالة»[٢].

وقال ابن تيمية: «يجوز خيار الشرط في كل العقود»[٣].

□ وجه هذا القول:

الضابط في خيار الشرط أنه يجري في كل العقود اللازمة التي تقبل الفسخ، ومنها عقد الحوالة.

---

(١) الإنصاف (٤/ ٣٧٥).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٤)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٧٠، ٥٧١).

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٧٥).

جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: «وخيار الشرط ليس خاصًا بالبيع... أي يجري في كل العقود اللازمة التي تقبل الفسخ، وكذلك يجوز شرط الخيار في الرهن للراهن... وفي الحوالة للمحال له، وللمحال عليه»[١].

القول الثاني: مذهب المالكية:

يتفق المالكية مع الحنفية بأنهم لا يثبتون خيار المجلس مطلقًا في سائر العقود، ومنه عقد الحوالة.

وأما خيار الشرط، وهو ما يسمى (خيار التروي) فلم أقف على نص عنهم في عقد الحوالة، ومن خلال دراسة مذهب المالكية في خيار الشرط نرى أنهم نصوا على دخول خيار الشرط في عقد البيع بأنواعه.

جاء في الشرح الصغير: « (الخيار قسمان: ترو ونقيصة). أي خيار ترو: أي نظر وتأمل في إبرام البيع وعدمه.

وخيار نقيصة: وهو ما كان موجبه وجود نقص في المبيع من عيب أو استحقاق.

(فالأول) أي خيار التروي (بيع وقف بته): أي لزومه (على إمضاء) ممن له الخيار من مشتر أو بائع أو غيرهما (يتوقع) في المستقبل. (وإنما يكون) أي يوجد ويحصل (بشرط) من المتبايعين ولا يكون بالمجلس..»[٢].

وجاء في مواهب الجليل: «خيار التروي: وهو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند الإطلاق في عرف الفقهاء»[٣].

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٨٩).

(٢) الشرح الصغير (٣/ ١٣٣، ١٣٤).

(٣) مواهب الجليل (٤/ ٤٠٩).

وأثبت المالكية خيار الشرط في بيع التولية[١]، وفي قسمة التراضي[٢]، وفي الإجارة[٣].

وسبق لنا أن المالكية يرون عقد الحوالة كعقد التولية أنهما من قبيل البيع المقصود بهما الإرفاق والمعروف، وإذا كانت التولية يدخلها خيار الشرط عندهم لم يمنع دخول خيار الشرط عقد الحوالة، وبناء عليه يمكن القول بأن المالكية يثبتون خيار الشرط في عقد الحوالة، والله أعلم.

---

(١) يقول العلامة خليل في مختصره (ص١٨٨): «وإن وليت ما اشتريت بما اشتريت جاز إن لم تلزمه وله الخيار».
ويقول الدردير في الشرح الكبير (٣/ ١٥٨)، وهو يشرح هذه العبارة: « (وإن وليت) شخصًا (ما اشتريت) من السلع (بما) أي بمثل ثمن (اشتريت) به ولم تذكر له ثمنًا ولا مثمنًا (جاز إن لم تلزمه) المبيع بأن شرطت له الخيار، أو سكت (وله الخيار) إذا رآه، وعلم الثمن. . .».

(٢) جاء في التاج والإكليل (٥/ ٣٣٩) «قال مالك: لو اقتسما دارًا أو رقيقًا أو عروضًا على أن لأحدهما الخيار أيامًا يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز».
وإنما القسمة التي تلحقها الخيار هي ما كانت في حكم البيع كقسمة التراضي، وأما القسمة التي هي بمثابة إفراز الحق كقسمة القرعة فلا يدخلها خيار.
جاء في التاج والإكليل (٥/ ٣٣٥) قال ابن رشد: «قسمة الرقاب على ثلاثة أقسام:
قسمة مراضاة بغير تعديل، ولا تقويم، ولا خلاف أنها بيع من البيوع.
وقسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم، الأظهر أنها بيع من البيوع.
وقسمة قرعة الأظهر أنها تمييز حق».
وانظر القوانين الفقهية (ص١٨٧، ١٨٨).

(٣) يطلق الكراء عند المالكية على إجارة الدواب، وقد أجاز المالكية الخيار في الكراء، بشرط ألا ينقد الثمن.
جاء في المدونة: (٤/ ٤٦٥) «قلت: أرأيت إن اكتريت راحلة بعينها إلى مكة، ونقدته على أني بالخيار يومًا، أو يومين؟ قال: لا يصلح ذلك في قول مالك: أن ينقد إذا كنت بالخيار في كراء أو بيع، إلا أن تشترطا الخيار ما دمتما في مجلسكما ذلك قبل أن تتفرقا».

القول الثالث:

ذهب الشافعية، والحنابلة في المشهور إلى أن الحوالة لا تقبل خيار الشرط، وفي خيار المجلس وجهان، أصحهما أنه لا يثبت فيها[١].

جاء في المهذب: «ولا يجوز شرط الخيار فيه - يعني عقد الحوالة - لأنه لم يبن على المغابنة، فلا يثبت فيه خيار الشرط»[٢].

وقال الماوردي: «القسم الثاني: ما لا يدخله خيار الشرط، واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس فيه على وجهين، وذلك ثلاثة عقود: الإجارة، والمساقاة، والحوالة. وهل تبطل باشتراط خيار المجلس؟ على وجهين»[٣].

قال النووي: «لا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة... ولا يثبت في الحوالة إن قلنا: إنها ليست معاوضة، وإن قلنا: معاوضة لم يثبت أيضًا على أصح الوجهين؛ لأنها ليست على قاعدة المعاوضات»[٤].

وجاء في كشاف القناع: «ولا يثبت خيار المجلس في بقية العقود والفسوخ كالمساقاة، والمزارعة، والحوالة...»[٥].

وقال في المقنع عن العقود التي يدخلها خيار الشرط: «ولا يثبت إلا في البيع والصلح بمعناه والإجارة في الذمة أو على مدة لا تلي العقد»[٦].

---

(١) المهذب (١/ ٣٣٨)، الحاوي الكبير (٥/ ٣٠)، كشاف القناع (٣/ ٢٠٣)، المحرر (١/ ٢٧٤).
(٢) المهذب (١/ ٣٣٨).
(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠).
(٤) المجموع (٩/ ٢٠٩).
(٥) كشاف القناع (٣/ ١٩٩).
(٦) انظر المقنع ومعه شرحه المسمى (المبدع) (٣/ ٤٠٦).

فلم يذكر الحوالة في العقود التي يثبت فيها خيار الشرط، وحكى وجهين في ثبوت خيار المجلس في عقد الحوالة[١].

❑ وجه هذا القول:

تعليل الشافعية:

علل الشافعية عدم ثبوت خيار الشرط في عقد الحوالة بأن الحوالة إن كانت بيعًا، فهي بيع دين بدين، وهو منهي عنه، ولكن جوزت هنا للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فلا يثبت فيها خيار الشرط.

وإن كانت الحوالة استيفاء فإن استيفاء الحقوق لا خيار فيها، فلا يثبت فيها خيار الشرط.

وأما خيار المجلس: فوجه القول بالجواز:

أن الراجح في الحوالة أنها بيع، وخيار المجلس يثبت في البيع، وفي الصلح؛ لأنه بمعنى البيع.

وأما وجه القول بالمنع: أن الحوالة فيها معنى الاستيفاء، واستيفاء الحقوق لا خيار فيها.

وأما **تعليل** الحنابلة، فقد قال ابن قدامة، وهو يذكر أنواع العقود التي يدخلها الخيار: «الضرب السادس: لازم يستقل به أحد المتعاقدين، كالحوالة، والأخذ بالشفعة، فلا خيار فيهما؛ لأن من لا يعتبر رضاه، لا خيار له، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر كسائر العقود»[٢].

---

(١) المرجع السابق (٣/ ٤٠٣).

(٢) المغني (٤/ ٢٤).

❑ الراجح:

أما خيار المجلس فأرى أن الراجح أنه لا يثبت فيها؛ لأنها ليست قائمة على المعاوضة، وإن كان فيها شبه المعاوضة.

وأما خيار الشرط فالراجح القول بجوازه فيها، وهو أولى بالجواز من خيار المجلس، قاله ابن تيمية:

جاء في النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر:

«الوجه الثاني: يثبت الخيار للمحيل، والشفيع؛ لأن العوض مقصود، فأشبه سائر عقود المعاوضة، وقال الشيخ تقي الدين: خيار الشرط في هذه الأشياء أقوى من خيار المجلس بدليل أن النكاح والصداق، والضمان لنا فيها خلاف في خيار الشرط، دون خيار المجلس، ولأن خيار المجلس ثابت بالشرع، فلا يمكن أن يلحق بالمنصوص ما ليس في معناه بخلاف خيار الشرط، فإنه تابع لرضاهما، والأصل عندنا أن الشرط يتبع رضا المتشارطين، والأصل صحتها في العقود، وإنما يناسب البطلان من يقول: إن خيار الشرط ثابت على خلاف القياس، وليس ذلك قولنا»[١].

---

(١) النكت السنية على مشكل المحرر (١/ ٢٧٤، ٢٧٥).

الفصل الثالث
في رجوع المحال على المحيل

المبحث الأول
رجوع المحال لفلس المحال عليه

[م-١١٣٨] إذا أحاله على رجل، فتبين أنه مفلس، فهل يملك المحال الرجوع على المحال عليه؟

وللجواب على ذلك نقول:

إن كان المحال عالمًا بإفلاس المحال عليه، فلا حق له في الرجوع؛ لأنه بمنزلة من يشتري معيبًا عالمًا بعيبه، ويرضى بذلك.

وإن كان لا يعلم بأنه مفلس، أو تجدد له فلس فقد اختلف العلماء في ذلك على أقوال، منها:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة بأن المحال لا يرجع إلا إن مات المحال عليه مفلسًا، ولم يترك مالًا ولا دينًا ولا كفيلًا.

وزاد أبو يوسف ومحمد: أو يحكم الحاكم بإفلاسه في حال حياته[1].

(١) عمدة القارئ (١٢/ ١٠٩)، بدائع الصنائع (٦/ ١٨)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٥)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٧٢، ١٧٣)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٧، ٢٧٢)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٥).

❑ دليلهم على رجوع المحال بموت المحال عليه مفلسًا:

الدليل الأول:

أن إفلاس المحال عليه، وهو حي لا يكفي للرجوع على المحيل؛ لأنه عجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال؛ لأن مال الله غاد ورائح، فلا يعود إلى المحيل كما قبل التفليس بخلاف إذا مات مفلسًا؛ فإنه عجز لا يتوهم ارتفاعه.

وقال صاحبا أبي حنيفة: إذا حكم عليه الحاكم بالإفلاس بمنزلة من مات مفلسًا؛ لأنه بالحكم بالإفلاس صار المحال عاجزًا عن أخذ حقه، مقطوعًا عن ملازمته. ولأبي حنيفة: أن الدين باق، وبتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع، ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل.

الدليل الثاني:

(ث-١١٦) ما رواه البيهقي من طريق أبي الوليد، ثنا شعبة، أخبرني خليد ابن جعفر، قال: سمعت أبا إياس، **عن عثمان بن عفان، قال: ليس على مال امرئ مسلم توى. يعني حوالة**[١].

[ضعيف، إياس لم يسمع من عثمان].

وجه الاستدلال:

أن معنى توى هلك، فإذا مات المحال عليه مفلسًا كما هو رأي أبي حنيفة، أو حكم الحاكم بإفلاسه في حال حياته كما هو رأي صاحبيه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق، وثبت عجز المحال عن الوصول إلى حقه، وهذا هو التوى المذكور في الأثر، وثبت للمحال الرجوع على المحيل؛ لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء، لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع.

---

(١) سنن البيهقي (٦/ ٧١).

وأجيب عن الحديث بعدة أجوبة، منها:

أحدها: أنه رواية خليد، وهو مجهول. ذكره البيهقي في السنن[(١)].

ورد هذا:

بأن خليدًا وثقه شعبة، وكان يعظمه ويثني عليه، وقال: كان من أصدق الناس، وأشدهم إتقانًا، ووثقه ابن معين، وقال أبو حاتم الرازي: صدوق. ووثقه الذهبي في الكاشف.

الجواب الثاني:

أنه منقطع؛ لأن أبا إياس معاوية بن قرة لم يلق عثمان، والمنقطع ليس بحجة.

الجواب الثالث:

أن لفظ الأثر عن عثمان أنه قال: ليس على مال امرئ مسلم توى. يعني حوالة. لم يقل: يعني حوالة إلا أبو الوليد، وقد رواه غيره عن شعبة مطلقًا، ليس فيه يعني حوالة. قاله البيهقي[(٢)].

وفي مختصر المزني، قال: واحتج محمد بن الحسن بأن عثمان رضي الله عنه قال في الحوالة أو الكفالة...»[(٣)].

والشك يمنع من صحة الاستدلال؛ لأن في الكفالة يرجع، وفي الحوالة لا يرجع، والشك يمنع من تعيينه في الحوالة...[(٤)].

---

(١) المرجع السابق(٦/ ٧١).

(٢) المرجع السابق.

(٣) مختصر المزني (ص١٠٧).

(٤) انظر الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٢).

وأجيب عن هذا:

بأن الأثر قد رواه ابن أبي شيبة في المصنف، قال: حدثنا وكيع، عن شعبة، عن خليد بن جعفر، عن أبي إياس، عن عثمان في الحوالة يرجع، ليس على مسلم توى[(١)].

وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: «الذي في كتب الحنفية أن محمدًا ذكره في الأصل عن عثمان في الحوالة من غير شك، كما أخرجه البيهقي أولًا، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن وكيع، عن شعبة بسنده، وكيف يقال ذلك في الكفالة، والرجوع فيها على الأصيل لا يتوقف على شرط موت الكفيل مفلسًا»[(٢)].

الجواب الرابع:

أن قول عثمان على افتراض ثبوته مخالف لما روي عن علي في قصة حزن جد سعيد بن المسيب، أنه كان له دين على علي بن أبي طالب، فسأله أن يحيله على رجل، ويمضي له به عليه، ثم أتاه، فقال له: قد مات، فقال له: اخترت علينا أبعدك الله، ولم يقل له: لك الرجوع علي[(٣)].

فإن قيل: إن أثر علي لم يوقف على إسناده، فهو ضعيف. قيل: وكذلك أثر عثمان منقطع، والمنقطع ضعيف.

الدليل الثالث للحنفية:

قال الكاساني: «الأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، قال النبي ﷺ:

---

(١) المصنف (٤/ ٣٣٠) رقم: ٢٠٧٢٤ .

(٢) الجوهر النقي (٦/ ٧١).

(٣) التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٠٤).

الدين مقضي[(١)].

وألحق الإبراء بالقضاء في السقوط.

والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء، فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل

---

(١) حديث الدين مقضي رواه أبو داود الطيالسي في مسنده (١١٢٨)، قال: حدثنا إسماعيل ابن عياش، قال: حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني، سمع أبا أمامة يقول: قال رسول الله ﷺ: الدين مقضي، والعارية مؤادة، والمنحة مردودة، والزعيم غارم.
وهذا الحديث حسن خاصة أن رواية إسماعيل بن عياش عن أهل بلده أصح من غيرها، وشيخه هنا شامي. وصححه ابن عبد الهادي في التنقيح (٢/ ١٥٧).
وهذا الحديث قطعة من حديث طويل، وهو نص من خطبة الرسول ﷺ في حجة الوداع.
والحديث روي مختصرًا ومطولًا، رواه عبد الرزاق (٧٢٧٧)، وسعيد بن منصور (٤٢٧)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ٢٠٨)، وأحمد بن حنبل في المسند (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود في السنن (٢٨٧٠، ٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٧١٣)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣٦٣٣)، والطبراني في مسند الشاميين (٥٤١)، وفي المعجم الكبير (٧٦١٥)، والدارقطني في السنن (٣/ ٤٠)، والبيهقي في السنن (٦/ ٢١٢).
وله شاهدان ضعيفان، أحدهما رواه سعيد بن أبي سعيد، عن أنس مرفوعًا.
رواه ابن ماجه في السنن (٢٧١٤)، والدارقطني في سننه (٤/ ٧٠)، والمقدسي في الأحاديث المختارة (٢١٤٥)، وقال: إسناده صحيح.
واختلف في سعيد بن أبي سعيد فقيل: المقبري، فيكون ثقة، وبه صرح ابن عساكر في أطرافه، وكذا المزي. وقيل: الساحلي فيكون مجهولًا. وبه صرح البيهقي، والدارقطني في العلل، وابن الجوزي في التحقيق.
انظر البدر المنير (٧/ ٢٦٥، ٢٦٦).
الشاهد الثاني: رواه عبد الرزاق في المصنف (١٦٣٠٧)، وأحمد (٤/ ١٨٦، ١٨٧)، والترمذي (٢١٢١)، والنسائي في المجتبى(٣٦٤١، ٣٦٤٢)، وفي الكبرى (٦٤٦٨)، وابن ماجه (٢٧١٢) والدارمي (٣٢٦٠)، وسعيد بن منصور في سننه (٤٢٨)، وأبو يعلى في مسنده (١٥٠٨)، والطبراني في المعجم الكبير (١٧/ ٣٣) رقم ٦١، ٦٢من طريق شهر بن حوشب، عن ابن أبي ليلى، عن عمرو ابن خارجة، عن النبي ﷺ.
وشهر بن حوشب ضعيف.

الحوالة، إلا أنه بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى؛ لأن حياة الدين بالمطالبة، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الأحياء فعادت إلى محلها الأصلي، ولا حجة في الحديث؛ لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة، وقد ذهبت بالإفلاس»[١].

الدليل الرابع:

الحقوق المستقرة في الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة أخرى بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى، وجب أن يكون تلف الذمة قبل قبض الحق منها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى، وتحريره قياسًا أنه حق انتقل من الذمة إلى جهة فات استيفاؤه منها، فوجب أن يعود إلى الذمة التي كان ثابتًا فيها، كالأعيان التالفة قبل قبضها[٢].

الدليل الخامس:

أن خراب الذمم لا يخلو أن يجري مجرى العيب أو الاستحقاق، فإن جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة الأولى، وإن جرى مجرى العيب كان مخيرًا في الرجوع إلى الذمة الأولى[٣].

الدليل السادس:

أنه لما كان خراب الذمة بالفلس يوجب عندكم عود الحق إلى العين المبيعة كان ما يوجب عوده إلى الذمة الأولى أولى[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٨).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤٢١).
(٣) المرجع السابق.
(٤) المرجع السابق.

القول الثاني:

ذهب المالكية بأن المحال لا يرجع إلا إن غره المحيل بأن كان يعلم بإفلاسه، ولم يبين للمحال. أما إذا كان لا يعلم بإفلاسه وقت الإحالة، أو تجدد له الإفلاس فلا رجوع[١].

قال ابن عبد البر: «والذي عليه مالك وأصحابه في الحوالة ما ذكره في الموطأ... إذا غره من فلس علمه فإنه يرجع عليه كالحمالة»[٢].

قال الخرشي: «حق المحال يتحول على المحال عليه بمجرد عقد الحوالة، وإن أفلس المحال عليه... وسواء كان الفلس سابقًا على عقد الحوالة، أو طارئًا عليها إلا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط»[٣].

❑ دليل المالكية على أن المحال لا يرجع على المحيل إلا بالتغرير:

أدلتهم هي نفس أدلة الشافعية والتي سوف نذكرها إن شاء الله تعالى في القول

---

(١) الذخيرة (٩/ ٢٤٩)، الاستذكار (٢٢/ ٢٧٣)، الخرشي (٦/ ١٩، ٢٠)، الشرح الكبير (٣/ ٣٢٨)، التاج والإكليل (٥/ ٩٤، ٩٥)، بداية المجتهد (٢/ ٢٢٥)، القوانين الفقهية (ص٢١٥).
واختلف المالكية فيما لو اشترط المحال الرجوع على المحيل إن أفلس المحال عليه.
فقيل: له شرطه، حكاه الباجي على أنه المذهب.
وقال ابن رشد: هذا صحيح لا أعرف فيه خلافًا.
وانتقده ابن عرفة، وقال: هذا شرط مناقض لعقد الحوالة، وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أنه مفسد، وفي بعضها يسقط الشرط، ويصح العقد كالبيع على أنه لا جائحة.
انظر المنتقى للباجي (٥/ ٦٧)، منح الجليل (٦/ ١٩٤).
(٢) الاستذكار (٢٢/ ٢٧٣).
(٣) شرح الخرشي (٦/ ١٩).

التالي في كون الحوالة تنقل الحق إلى ذمة المحال عليه، فلا يرجع المحال على المحيل، إلا أنهم قالوا: إن كان المحيل يعلم إفلاس المحال عليه، ولم يخبر المحال فإن له الرجوع؛ لأن هذا خداع وتغرير منه للمحال بمنزلة البائع يدلس عيب المبيع.

القول الثالث:

ذهب الشافعية بأن المحال لا يملك الرجوع على المحيل مطلقًا إذا تمت الحوالة، سواء كان الفلس قبل الحوالة أم بعدها، وسواء غره أم لم يغره، وسواء اشترط عليه ملاءته أم لم يشترط.

❑ دليلهم على عدم الرجوع:

الدليل الأول:

أن الحوالة إما أن يتحول بها الحق عن المحيل، أو لا يتحول. فإن تحول فقد برئت ذمته، فوجب ألا يعود إليه، كما لو أبرأه، وإن لم يتحول فلتدم المطالبة كما في الضمان.

والحوالة اسم مشتق من معناه، وهو تحول الحق به كما أن الضمان مشتق من انضمام ذمة إلى أخرى فلم يجز أن يعود الحق بعد تحوله إلا بمثل ما انتقل به.

الدليل الثاني:

أن قوله ﷺ: **(إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)** فلو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة؛ لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع، فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل بها انتقالًا لا رجوع له فيه، فاشتراط الملاءة حراسة لحقه.

الدليل الثالث:

قال ابن الجوزي: «لنا حديث حزن جد سعيد بن المسيب أنه كان له دين على

علي بن أبي طالب، فسأله أن يحيله على رجل، ويمضي له به عليه، ثم أتاه، فقال له: قد مات، فقال له: اخترت علينا أبعدك الله، ولم يقل له: لك الرجوع علي[١].

وجه الاستدلال:

قال الماوردي: «لو كان له الرجوع لما استجاز علي أن يمنعه منه، وهو فعل انتشر في الصحابة لا نعرف له مخالفًا»[٢].

وأجيب عن هذا:

سبق الجواب عن هذه القصة في المسألة التي قبل هذه، وبينت أنه لا يعلم لها إسناد، فلا حجة فيها، وقول علي ﵁ على ضعفه قد خالفه عثمان في أثر ضعيف أيضًا عنه.

الدليل الرابع:

تعذر استيفاء الحق من المحال عليه لا يوجب فسخ الحوالة، كما لو أفلس حيًا.

الدليل الخامس:

من لزمه حق في ذمته فموته لا يوجب فسخ العقد الذي ثبت الحق لأجله كالمشتري بثمن مؤجل إذا مات لم يوجب موته فسخ الشراء.

القول الرابع:

ذهب الحنابلة بأن المحال إن ظن أن المحال عليه مليء أو جهل ملاءته، فبان مفلسًا، فإما أن يكون المحال قد رضي بالحوالة أو لا.

---

(١) التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٠٤).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤٢١).

فإن كان لم يرض بالحوالة رجع عليه.

وإن كان المحال قد رضي بالحوالة مع الجهل بحاله، ففيه روايتان:

أحدهما: لا يرجع إلا إن كان شرط عليه ملاءة المحال عليه، وهذا هو المشهور من المذهب.

والثانية: يرجع؛ لأن الفلس عيب في المحال عليه، فكان له الرجوع كما لو اشترى معيبًا، ثم علم بعيبه[1].

❑ وجه قول الحنابلة:

أن المحيل لا يملك إلزام المحال عليه بالحوالة إلا إذا كان المحال عليه مليئًا لقوله ﷺ في الحديث: **(ومن أحيل على مليء فليتبع)**.

فإذا كان المحال لم يرض بالحوالة، وألزمه المحيل بها، وكان المحال عليه مفلسًا فإنه يرجع؛ لأن حقه باق على المحيل؛ لأن المحيل لا يملك إلزام المحال بالحوالة والمحال عليه مفلس.

وهذا التفصيل مبني على أن المحال لا يشترط رضاه بالحوالة إذا أحيل على مليء.

وإن كان قد رضي بالحوالة فإنه لا يملك الرجوع؛ لأنه كان بإمكانه أن يشترط ملاءة المحال عليه، فلما لم يشترط ذلك لم يملك الرجوع.

فإن اشترط ملاءة المحال عليه، عمل بشرطه، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]؛ ولأن الأصل في الشروط الصحة والجواز، وهو قول في مذهب الشافعية.

---

(١) الإنصاف (٥/ ٢٢٨، ٢٢٩)، الكافي (٢/ ٢٢٢).

قال السيوطي: «ولو خرج المحال عليه مفلسًا، وقد شرط يساره فالأصح لا رجوع له بناء على أنها استيفاء. والثاني: نعم، بناء على أنها بيع»[١].

❑ الراجح من الخلاف:

الذي أميل إليه أن الحوالة تنقل الحق من ذمة المحال إلى ذمة المحال عليه ولا يرجع المحال إلى المحيل إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون المحيل قد علم إفلاس المحال عليه، وكتمه، فإن هذا تدليس يعطي المحال حق الرجوع إن شاء.

الثانية: أن يشترط ملاءة المحال عليه، فإنه شرط صحيح فإذا فات كان له حق الرجوع، والله أعلم.



(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧١).



المبحث الثاني
رجوع المحال لجحود المحال عليه

[م-١١٣٩] إذا جحد المحال عليه الحوالة، ولم يكن هناك بينة للمحال ولا للمحيل، فهل يرجع المحال على المحيل؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا جحد المحال عليه الحوالة، وحلف، ولم يكن بينة، فإن المحال يرجع إلى المحيل، وهذا مذهب الحنفية[(١)].

❑ دليلهم على رجوع المحال:

(ث-١١٧) ما رواه ابن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن شعبة، عن خليد ابن جعفر، عن أبي إياس، عن عثمان في الحوالة: يرجع، ليس على مسلم توى[(٢)].

وجه الاستدلال:

أن معنى توى هلك، فإذا جحد المحال عليه الدين، وحلف، ولم يكن هناك بينة ثبت عجز المحال عن الوصول إلى حقه عن طريق المحال عليه، وهذا هو التوى المذكور في الأثر، فإنه يثبت للمحال الرجوع على المحيل؛ لأن الحق

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٨)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٥)، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ١٧٢، ١٧٣)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٧، ٢٧٢)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٥).

(٢) المصنف (٤/ ٣٣٠) رقم: ٢٠٧٢٤ .

لابد له من ذمة يتعلق بها، ولأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء، لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع.

القول الثاني:

لا يرجع إلا إذا كان المحيل يعلم جحود المحال عليه، ولم يخبر المحال. وهذا مذهب المالكية، وهو نفس قولهم في الحوالة على المفلس وقد تقدم؛ لأن الجحد مقيس على الإفلاس.

قال الخرشي: «وعلم الجحود كعلم الفلس...»[(١)].

وقال العدوي: «وعلم الجحود كعلم العدم، والظن القوي كالعلم فيما يظهر، كما لبعض الشراح، وكذا علمه بلدده، أو أنه سيء القضاء»[(٢)].

وهناك من المالكية من فرق بين العلم بالجحود والعلم باللدد.

جاء في البهجة شرح التحفة: «العلم بالإفلاس كالعلم باللدد، فيفصل فيه: بين أن يعلم به المحيل فقط، فيرجع عليه، وإلا فلا. وأما علمه بأنه سيء القضاء، ففيه قولان: أحدهما: أنه كاللدد. والآخر أنه لايضر.

وأما علمه بأنه يجحد فإن كان معناه: أنه علم من حاله أنه بعد تمام الحوالة، يجحد إقراره الحاصل حين الحوالة، فهذا لا يوجب رجوعه على المحيل فيما يظهر، قاله (ز).

وإن كان معناه: أنه لم يوجد الدين في ذمته ولا بينة ولا بتصديق المحال، فإنه لا حوالة حينئذ لاختلال شرطها»[(٣)].

---

(١) شرح الخرشي (٦/ ٢٠).

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٣٦٤).

(٣) البهجة شرح التحفة (٢/ ٩٦، ٩٧).

وهذا الكلام هو المتفق مع مذهب المالكية؛ لأنه يشترطون حضور المحال عليه وإقراره بالدين، وهذا يعني أنه إذا جحد يكون التقصير من المحال حيث لم يشهد عليه حين إقراره بالحوالة ما يحفظ حقه، والله أعلم.

❑ وجه قول المالكية بأنه يرجع إذا كان المحيل يعلم باللدد ولم يبين:

الأصل في الحوالة أنها تنقل الدين من ذمة إلى أخرى فلا يملك المحال الرجوع إلى المحيل إذا تمت الحوالة برضاهما، لكن إن كان المحيل يعلم أن المحال عليه لدود في الخصومة، ولم يخبر المحال فإن له الرجوع؛ لأن هذا خداع وتغرير منه بمنزلة البائع يدلس عيب المبيع، والله أعلم.

القول الثالث:

إذا جحد المحال عليه الحوالة وحلف لم يكن للمحال الرجوع على المحيل، وهو مذهب الشافعية(١).

❑ وجه قولهم:

أن الحوالة إذا تمت فإن ذلك يعني انتقال الدين وبراءة المحيل، فلا يرجع إليه بحال حتى لو أفلس، أو جحد لم يكن له الرجوع كما لو أخذ عوضًا عن الدين، ثم تلف العوض في يده(٢).

القول الرابع:

لا يرجع المحال إذا جحد المحال عليه الحوالة إن كان المحال يعلم الدين،

---

(١) المهذب (١/ ٣٣٨)، الوسيط للغزالي (٣/ ٢٢٣)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥، ١٩٦)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٨).

(٢) انظر طرح التثريب (٦/ ١٦٦)، روضة الطالبين (٤/ ٢٣٢).

أو صدق المحال المحيل، أو ثبت الدين ببينة ثم ماتت، أو أقر المحال عليه أولًا، ثم أنكر، وإلا فلا يقبل قول مخيل بمجرده فلا يبرأ بها. وهذا مذهب الحنابلة[١].

قال في الإنصاف: «يبرأ المحيل بمجرد الحوالة، ولو أفلس المحال عليه، أو جحد، أو مات على الصحيح من المذهب، ونقله جماعة عن الإمام أحمد رحمه الله، وصححه القاضي يعقوب.

قال الناظم وصاحب الفائق: هذا المشهور عن الإمام أحمد...»[٢].

❑ الراجح من الخلاف:

أن الحوالة لا تتم إلا إذا توفرت شروطها وانتفت موانعها، وإذا كان المحال عليه لم يعترف بالدين، ولا وجود لبينة، وحلف بأنه ليس مدينًا للمحيل لم تصح الحوالة أصلًا، فيملك الرجوع، باعتبار أن الحوالة لم تنعقد، وإذا ثبت حق المحيل على المحال عليه بإقراره، أو ببينة عدل، فهي حوالة صحيحة، فلا رجوع للمحال على المحيل إذا جحد بعد ذلك إلا أن يكون المحال يجهل حال المحال عليه، وكان المحيل يعلم بأنه لا يؤدي الحقوق، ويجحدها، ولم يبين ذلك فهذا نوع من التدليس والخداع فيعطي المحال حق الرجوع عليه، والله أعلم.

---

(١) الإنصاف (٥/ ٢٢٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٦)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٣)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٨).

(٢) الإنصاف (٥/ ٢٢٧، ٢٢٨).

الفصل الرابع
سقوط حق حبس المبيع بالحوالة

[م-١١٤٠] إذا أحال المشتري البائع على شخص لأخذ ثمن المبيع، فهل يسقط حق البائع في حبس المبيع؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

يسقط حق البائع في حبس المبيع، وهو مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف(١)، ومذهب الشافعية(٢).

❏ وجه هذا القول:

بأن البائع لما قبل الحوالة، فقد برئت ذمة المشتري من دين البائع، فالحوالة بمنزلة القبض، فكأن البائع قد قبض الثمن، لأن الحوالة بمنزلة القبض حكمًا، فكان من حق المشتري إستلام المبيع.

القول الثاني:

إذا أحال المشتري البائع بالثمن لم يبطل حقه بالحبس، وهذا رأي محمد

---

(١) البحر الرائق (٥/ ٣٣١)، وجاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٢٢٩): «المشتري إذا أحال البائع على شخص لأخذ ثمن المبيع فعند الشيخين يسقط حق البائع في حبس المبيع... أما عند محمد فلا يسقط ذلك في حبس المبيع... ولما كان الفقهاء يرجحون قول الإمام الأعظم، ولا سيما إذا شاركه فيه أبو يوسف، فلذلك وجب ترجيح قول الشيخين».

(٢) حاشية البجيرمي (٣/ ٢٢)، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ص٢٠٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢).

ابن الحسن من الحنفية[١].

قال في بدائع الصنائع: «أبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري، وذمته برئت من دين المحال بالحوالة، فيبطل حق الحبس، ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس، وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري»[٢].

[م-١١٤١] إذا علمنا الخلاف فيما لو أحال المشتري البائع على شخص، لأخذ الثمن، فهل يختلف الحكم فيما لو أحال البائع رجلًا على المشتري بالثمن، فهل يسقط حق البائع في حبس المبيع؟

قال في الجوهرة النيرة: «ولو أحال البائع رجلًا على المشتري بالثمن سقط الحبس إجماعًا... لأن مطالبته سقطت كما لو استوفى»[٣].

وقال في البحر الرائق: «ويسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقًا»[٤].

والخلاف في حبس المبيع يجري في حق الزوجة في حبس نفسها إذا أحالها الزوج بصداقها، والله أعلم.



(١) البحر الرائق (٥/ ٣٣١) و (٦/ ٢٦٧)،

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٠).

(٣) الجوهرة النيرة (١/ ١٩٠).

(٤) البحر الرائق (٥/ ٣٣١).

الفصل الخامس
في سقوط الضمان والرهن بالحوالة

الحوالة تعني النقل والتحويل، فإذا تمت الحوالة فإن ذلك يعني انتقال الحق من ذمة المحال إلى ذمة المحال عليه.

[م-١١٤٢] فإذا كان المحيل قد أعطى رهنًا أو كفيلًا في دينه، فإذا أحاله بدينه على آخر، فهل يسقط الرهن والكفالة بالحوالة؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

إذا أحال الرجل غريمه، وكان في الدين كفيل أو رهن، فإن الكفيل يبرأ، وللراهن أن يسترد الرهن، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة[1].

❑ وجه ذلك:

أن الرهن والكفالة عقدان تابعان، فإذا برئ المحيل من الدين سقط الرهن والضمان؛ ولأن الحوالة تعني فراغ ذمة المحيل من الدين، ولا قيام للرهن والضمان مع براءته من الدين، هذا مقتضى عقد الحوالة.

قال ابن عابدين: «لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن، ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها»[2].

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٦٧)، الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٣)، أسنى المطالب ٢/ ٢٣٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٤).

وجاء في البحر الرائق: «الراهن إذا أحال المرتهن بالدين، فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف، وكذا لو أبرأه عنه»[١].

وقال الكاساني: «إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل، أو أحال المرتهن غريمًا له بدينه على الراهن، حوالة مطلقة، أو مقيدة، أنه يبطل حق المرتهن في حق حبس الرهن عند أبي يوسف. وعند محمد: لا يبطل في حوالة الراهن، وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة، وإن كانت مقيدة تبطل»[٢].

وقال في أسنى المطالب: «لو أحاله بدين، أو على دين به رهن أو ضامن انفك الرهن، وبرئ الضامن؛ لأن الحوالة كالقبض بدليل سقوط حبس المبيع، والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن، والزوج بالصداق»[٣].

القول الثاني:

إذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل لم يبطل حق المرتهن في حبس الرهن. وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة، فإن كانت مقيدة بطل حقه في الحبس. وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية»[٤].

وفي تبيين الحقائق: «الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان، كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف، كما لو أبرأه من الدين. وعند محمد ليس له ذلك، كما لو أجل الدين»[٥].

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٦٧)، وانظر الفتاوى الهندية (٣/ ٢٩٦)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٤)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ١٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥١).

(٣) أسنى المطالب (٢/ ٢٣٢).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ٢٥١).

(٥) تبيين الحقائق (٤/ ١٧٢).

والخلاف بين أبي يوسف ومحمد راجع إلى توصيف الحوالة، هل هي نقل للدين، أو نقل للمطالبة مع بقاء الدين، فأبو يوسف يرى أن الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهذا هو رأي الجمهور، فيبطل حقه في الحبس وقد انتقل دينه إلى ذمة أخرى.

ومحمد يرى أن الحوالة هي نقل المطالبة فقط، والدين باق في ذمة المحيل، ولهذا التوصيف رأى محمد أن الراهن لا يسترد الرهن إلا إذا قبض المحال دينه من المحال عليه.

والقول الراجح: هو قول الجمهور، وأن الحوالة نقل للدين، وليس للمطالبة.

وما يقال في الرهن يقال في الكفالة.

فإذا أحال الرجل الدائن بدينه على غريمه برئ المحيل، وإذا برئ المحيل برئ الكفيل؛ لأنه تبع للأصيل[1].

جاء في الموسوعة الكويتية: «المحال إذا قبل الحوالة، ورضي المحال عليه بها برئ المحيل وكفيله - إن كان له كفيل - من الدين ومن المطالبة معًا؛ لانقضاء الدين بالحوالة، ويثبت للمحال حق مطالبة المحال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله المشار إليها مقيدة بسلامة حق المحال لدى المحال عليه عند الحنفية»[2].



(١) انظر حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٤).

(٢) الموسوعة الكويتية (٢١/ ١٤١).



الفصل السادس
إذا أحيل بثمن سلعة ثم تبين بطلان البيع

[م-١١٤٣] إذا أحال المشتري البائع بثمن مبيع، أو أحال البائع رجلًا يأخذ الثمن من المشتري، ثم استحقت السلعة، بطل البيع، وهل تبطل الحوالة؟

تحرير محل الخلاف:

هذا الخلاف إنما يتنزل على حال ما إذا باع البائع السلعة، وهو يظن أنها ملكه، فأحال على ثمنها، ثم تبين أنه لم يكن يملك السلعة، أما لو كان يعلم من البداية أنه لا يملك السلعة، فباعها، ثم أحال على ثمنها، فلا خلاف في أن الحوالة باطلة، ويرجع المحال على المحيل[1].

فإن كان البائع يعتقد أن السلعة ملكه، فإما أن يكون ثمن السلعة المستحقة محالًا به، أو محالًا عليه.

فإن كان ثمن السلعة محالًا به، كما لو أحال المشتري البائع بالثمن على ثالث، ثم تبين أن المبيع مستحق، ففي هذه الحالة تبطل الحوالة بلا خلاف؛ لأنه ثبت أن المحيل (وهو المشتري) غير مدين للمحال، وهو البائع.

ومن شروط صحة الحوالة أن يكون المحيل مدينًا للمحال[2].

---

(١) انظر مواهب الجليل (٥/ ٩٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٥)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٤٢٥)، منح الجليل (٦/ ١٨٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٣)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٢)، المغني (٤/ ٣٣٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٥).

[م-١١٤٤] أما إذا كان ثمن السلعة محالًا عليه، وليس محالًا به، كما لو أحال البائع ثالثًا على المشتري بقيمة السلعة، ثم تبين أن المبيع مستحق، فقد اختلف الفقهاء في حكم الحوالة على قولين:

القول الأول:

تبطل الحوالة بفوات المال المحال عليه، وهو قول الحنفية في الحوالة المقيدة دون المطلقة، ومذهب الشافعية، والحنابلة، واختيار أشهب وابن المواز من المالكية، قال الدردير: وعليه الأكثر(١).

قال ابن نجيم: «لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة به، بأن كان الدين ثمن مبيع، فاستحق المبيع تبطل الحوالة»(٢).

وفي المبسوط: «وإذا باع الرجل رجلًا عبدًا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشتري بالمال الذي باع به العبد، ثم استحق العبد، أو وجد حرًا فإن القاضي يبطل الكفالة والحوالة؛ لأنه ظهر أنه أحال عليه بمال، ولا مال»(٣).

وفي البحر الرائق: «ولو استحق المبيع، أو استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء، أو ظهر أن العبد المبيع كان حرًا بطلت الحوالة إجماعًا»(٤).

---

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٠)، المبسوط (٢٠/ ٨٧)، البحر الرائق (٦/ ٢٧٥)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٨، ٣٢٩)، مواهب الجليل (٥/ ٩٥، ٩٦)، منح الجليل (٦/ ١٩٥)، شرح الخرشي (٦/ ٢٠)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٥، ٣٧٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٤٠٢)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٦، ١٩٧)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٧).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٦٨).

(٣) المبسوط (٢٠/ ٨٧).

(٤) البحر الرائق (٦/ ٢٧٥)، وانظر الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٠).

لعله يقصد بالإجماع أئمة الحنفية، وإلا فالخلاف محفوظ في مذهب المالكية كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

□ وجه القول ببطلان الحوالة:

لما بطل البيع تبين أنه لم يكن هناك ثمن يمكن الإحالة عليه هذا تعليل الجمهور الذين يشترطون أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، وأما تعليل الحنفية بالبطلان فإن الحوالة على الثمن تعتبر حوالة مقيدة، وليست مطلقة، فإذا تبين أنه لا يوجد ثمن في ذمته بطلت الحوالة.

أما الحوالة المطلقة فهي لم تكن حوالة على الثمن، وإنما تعلقت بذمة المحال عليه، فلا تبطل الحوالة.

القول الثاني:

لا تنفسخ الحوالة، وهو اختيار ابن القاسم من المالكية[(١)].

جاء في مختصر خليل: «فلو أحال بائع على مشتر بالثمن، ثم رد بعيب، أو استحق لم ينفسخ، واختير خلافه»[(٢)].

قال الحطاب في شرحه: «يعني إذا أحاله بثمن ما باعه، ثم رد المبيع بعيب، أو استحق، فإن الحوالة لا تنفسخ عند ابن القاسم، وتنفسخ عند أشهب، واختاره الأئمة ابن المواز وغيره. . .»[(٣)].

جاء في المدونة: «أرأيت إن بعت عبدًا لي بمائة دينار، ولرجل علي مائة

---

(١) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٨، ٣٢٩)، مواهب الجليل (٥/ ٩٥، ٩٦)، منح الجليل (٦/ ١٩٥)، شرح الخرشي (٦/ ٢٠)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٠٢).
(٢) مختصر خليل (ص٢١١).
(٣) مواهب الجليل (٥/ ٩٥).

دينار، فأحلت الذي له علي الدين على هذا الذي اشترى العبد مني، فاستحق العبد، أيكون على المشتري أن يغرم المائة للذي أحلته عليه بها؟

قال: نعم، ويرجع بها عليك؛ لأن العبد قد استحق من يديه.

قلت: ولم جلعته يغرمها، وقد استحق العبد من يديه؟ قال: لأنها صارت دينًا للطالب حين أحاله على المطلوب.

قلت: وهذا قول مالك؟ قال: كذلك بلغني عن مالك»[١].

□ وجه هذا القول:

الوجه الأول:

أن الحوالة من قبيل المعروف، فلا تنتقض باستحقاق المحال عليه.

الوجه الثاني:

أن الحوالة عقد لازم، وقد صارت دينًا للمحال حين أحاله على المحال عليه، فلا ينقض حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض عليها بدين الحوالة.

□ والراجح:

القول الأول، لقوة أدلته، والله أعلم.

(١) المدونة الكبرى (٥/ ٢٩٢).

الفصل السابع
إذا أحيل بثمن سلعة ثم فسخ البيع

إذا بنيت الحوالة على باطل فهي باطلة، وإن بنيت على صحيح، ثم فسخ لم تبطل[١].

[م-١١٤٥] في المسألة السابقة تكلمنا على ما إذا أحال بائع على ثمن سلعة، ثم تبين بطلان البيع، وفي هذا المبحث نتكلم على مسألة مشابهة، وهي ما إذا أحال على ثمن سلعة، ثم فسخ البيع، والفسخ لا يكون إلا لما هو منعقد، بخلاف البطلان، فإن البطلان يرد على العقد الذي لم ينعقد أصلًا.

مثاله: أحال على ثمن سلعة، ثم ردت السلعة بسبب عيب فيها، فهل تبطل الحوالة؟

اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

من الفقهاء من فرق بين البطلان والفسخ في حكم الحوالة، فقال: تبطل الحوالة إن بطل البيع، ولا تبطل إن فسخ البيع بسبب عيب ونحوه، وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة[٢].

قال ابن نجيم: «إذا باع عبدًا من رجل بألف درهم، ثم إن البائع أحال غريمًا بالثمن على المشتري، فمات العبد قبل القبض، أو رد بخيار من

(١) انظر الشرح الممتع (٩/ ٢٢٤).

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٠)، المبسوط (٢٠/ ٨٧)، البحر الرائق (٦/ ٢٧٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٧).

الخيارات الثلاث قبل القبض أو بعده لم تبطل، ولو استحق المبيع، أو استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء، أو ظهر أن العبد المبيع كان حرًا بطلت الحوالة إجماعًا. والفرق أن في الأول سقط الدين بعد الوجوب مقصودًا فلم تبطل الحوالة، وفي الثاني ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة فبطلت»(١).

وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وإذا بطل بيع كأَنْ بَانَ مبيعُ مستحقًا، أو حرًا، وقد أحيل بائع بالثمن، أي أحاله مشتر به على من له عنده دين مماثل له بطلت، أو أحال بائع مدينًا له على المشتري بالثمن بطلت الحوالة؛ لأنا تبينا أن لا ثمن على المشتري لبطلان البيع... ولا تبطل الحوالة إن فسخ البيع بعد أن أحيل بائع، أو أحال بالثمن على أي وجه كان الفسخ بعيب، أو تقايل، أو غيرهما... لأن البيع لم يرتفع من أصله، فلم يسقط الثمن»(٢).

القول الثاني:

لا تبطل الحوالة في الحالين، سواء بطل البيع، أو فسخ، وهذا مذهب ابن القاسم من المالكية.

جاء في مختصر خليل: «فلو أحال بائع على مشتر بالثمن، ثم رد بعيب، أو استحق لم ينفسخ، واختير خلافه»(٣).

فسوى بين استحقاق المبيع الموجب لبطلان البيع، وبين فسخ البيع بسبب عيب ظهر فيه، ولم يفسخ الحوالة في الحالين.

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٧٥).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٧).

(٣) مختصر خليل (ص٢١١).

وجه قوله:

أن الحوالة لما تمت صارت دينًا للمحال على المحال عليه، ويرجع المحال عليه إلى المحيل فيما دفعه.

القول الثالث:

تبطل الحوالة في الحالين: سواء بطل البيع أو فسخ.

وهذا مذهب الشافعية، واختيار أشهب وابن المواز وغيرهما من المالكية[١].

قال الحطاب في شرحه: «يعني إذا أحاله بثمن ما باعه، ثم رد المبيع بعيب، أو استحق، فإن الحوالة لا تنفسخ عند ابن القاسم، وتنفسخ عند أشهب، واختاره الأئمة ابن المواز وغيره...»[٢].

جاء في مغني المحتاج: «ولو أحال المشتري بالثمن، فرد المبيع بعيب بطلت... ولو باع عبدًا، وأحال بثمنه، ثم اتفق المتبايعان والمحتال على حريته، أو ثبتت ببينة بطلت الحوالة»[٣].

فسوى بين فسخ المبيع بالعيب، وبين بطلان المبيع بأن باع عبدًا فبان حرًا.

لأن الثمن في الحالين لا يستحقه المحيل على المحال عليه سواء كان ذلك بسبب فسخ، أو بطلان.

❑ الراجح:

أن الحوالة إذا كانت مبنية على باطل فهي باطلة، وإن كانت مبنية على صحيح، ولكن فسخ، فالحوالة لا تنفسخ، وتكون صحيحة.

---

(١) وحاشية الجمل (٣/ ٣٧٥، ٣٧٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٤٠٢)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٦، ١٩٧)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٩).

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٩٥).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ١٩٦، ١٩٧).



الفصل الثامن
في هلاك العين المحال عليها في يد المحال عليه

تكلم الحنفية في الحوالة على العين، وجعلوها من الحوالة المقيدة[١].

وقال الجمهور: لا تكون الحوالة إلا على دين، فإن كانت على عين كانت وكالة بقبض العين ممن هي عليه، وليست حوالة[٢].

[م-١١٤٦] فإذا أحاله على عين في يد المحال عليه، فهلكت تلك العين، نظر:

فإن كانت العين الموجودة في يد المحال عليه أمانة في يده، كما لو أودعه دراهم فضاعت بلا تعد، ولا تفريط، بطلت الحوالة، ويرجع الدين إلى ذمة المحيل.

وإن كان المبلغ المعين مضمونًا كالمغصوب، فإن الحوالة لا تنفسخ بفواتها؛ لأنها تفوت إلى خلف من مثل أو قيمة، فتتعلق الحوالة بهذا الخلف.

جاء في مجمع الضمانات: «وتصح الحوالة في الدين لا في العين، وتصح بدراهم الوديعة، فلو أودع رجلًا ألفًا، وأحال بها عليه، فهلكت قبل التسليم، برئ المحتال عليه، وهو المودَع للحوالة؛ لتقيدها بها، فإنه ما التزم الأداء إلا منها، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب؛ لأن الفوات إلى خلف كلا فوات»[٣].

---

(١) تبيين الحقائق (٤/ ١٧٣)، فتح القدير (٧/ ٢٤٧).

(٢) تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٤)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٤)، وقال في مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٦): «ولا تصح الحوالة على عين من نحو وديعة، كمضاربة، أو شركة؛ لأنه لم يحل على دين». وانظر الموسوعة الكويتية (١٨/ ١٩٩)

(٣) مجمع الضمانات (ص٢٨٣).

وقال في تبيين الحقائق: «ولو أحال بما عند زيد وديعة صحت، فإن هلكت برئ... بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به؛ لأنه يخلف القيمة، والفوات إلى خلف كلا فوات»[1].



(١) تبيين الحقائق (٤/ ١٧٣).

الباب السادس
في انتهاء الحوالة

الفصل الأول
انتهاء الحوالة بالوفاء

المبحث الأول
انتهاء الحوالة بدفع ما أحيل به عليه

[م-١١٤٧] تنتهي الحوالة بقيام المحال عليه بالوفاء، وذلك بدفع ما أحيل به عليه، وهذا بالاتفاق، لأن الحوالة لم تعقد إلا من أجل هذا.

وسواء قام المحال عليه بنفسه، أو قام عنه فضولي بذلك، وسواء كان الفضولي متبرعًا، أو قام بذلك بنية الرجوع إلى المحال عليه.

قال في بدائع الصنائع في بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة: «ومنها أداء المحال عليه المال إلى المحال، فإذا أدى المال خرج عن الحوالة؛ إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها»(١).



(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٩).



المبحث الثاني
انتهاء الحوالة بدفع قيمتها

إذا اتفق المحال عليه والمحال على أن يؤدي المحال عليه شيئًا آخر عوضًا عن المال المحال به، كما لو كان المحال به نقودًا: دنانير، أو ريالات، فاعتاض عنها دولارات، أو سلعة.

أو كان المحال به عرضًا من بر، أو شعير، فأراد أن يدفع بدلًا من ذلك نقودًا، ونحو ذلك، فما حكم هذه المسألة؟

[م-١١٤٨] هذه المسألة تدخل في بيع الدين على من هو عليه، وقد اختلف الفقهاء فيه على قولين، وجمهورهم على صحته، والأصل في ذلك:

(ح-٦٦٤) ما رواه أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فأتيت رسول الله ﷺ، وهو يريد أن يدخل بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا، وبينكما شيء**[١].

[اختلف في رفعه ووقفه، ورجح شعبة والدارقطني وقفه][٢].

وقد ذهب إلى جواز بيع الدين على من هو عليه جماهير الفقهاء من

(١) مسند أبي داود الطيالسي (١٨٦٨)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣١٥).

(٢) سبق تخريجه، انظر (ح١١٢).

الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وهو الصواب، ويشترط لصحته شروط منها:

الشرط الأول:

اشترط المالكية، والإمام أحمد في قول له، وإسحاق بن راهويه[٥]، وبه قال عثمان البتي[٦] وابن تيمية، وابن القيم، أن يبيعه بمثل ثمنه، أو أقل، لا أكثر؛ وعلل المالكية المنع: لأن بيع الدين على من هو عليه بزيادة يؤدي إلى سلف جر نفعًا، وهذا ممنوع.

وعلل ابن تيمية المنع حتى لا يربح فيما لم يضمن[٧]، لأن المال في ذمة المحال عليه ضمانه على المحال عليه، فإذا ربح فيه المحال فقد ربح فيما لم

---

(١) حاشية ابن عابدين (٨/ ٤٢١)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨)، البحر الرائق (٥/ ٢٨٠).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٦٣)، الخرشي (٥/ ٧٧)، بداية المجتهد (٢/ ١٥١)، الشرح الصغير (٣/ ٢١٤)، مواهب الجليل (٤/ ٣٦٨)، الذخيرة (٥/ ١٤٢).

(٣) المجموع (٩/ ٣٢٩، ٣٣٢)، السراج الوهاج (ص١٩٢، ١٩٣)، نهاية المحتاج (٤/ ٩١، ٩٢)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٠٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣٠، ٣٣١).
جاء في حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٤): «وأما بيع الدين لمن هو عليه، فلا يشترط القبض إلا في متحدي العلة، أما مختلفهما فيشترط فيه التعيين فقط».

(٤) الكافي في فقه أحمد (٢/ ٢٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٠)، الانصاف (٥/ ١١٠)، وجاء في الروض المربع (٢/ ١٥٠): «ويصح بيع دين مستقر، كقرض، أو ثمن مبيع، لمن هو عليه بشرط قبض عوضه في المجلس».

(٥) جاء في مسائل الإمام أحمد وإسحاق، رواية الكوسج (قسم المعاملات) تحقيق الدكتور صالح المزيد (٧٢): قلت: اقتضاء دنانير من دراهم، ودراهم من دنانير، قال: بالقيمة، وإذا اقتضاه الدين، قال إسحاق: كما قال بسعر يومه.

(٦) الاستذكار (٢٠/ ١٠).

(٧) حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٠)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥٠٥)، الإنصاف (٥/ ١٠٨).

يدخل ضمانه، والدليل على هذا الشرط من أثر ابن عمر السابق، قوله: **(لا بأس أن تأخذها بسعر يومها)**.

الشرط الثاني:

اشترط المالكية أن يعجل البدل، ويقبض في مجلس الاستبدال ليسلم من فسخ الدين بالدين.

واشترط ابن تيمية التقابض إن كان العوض مما يجري فيه ربا النسيئة.

القول الثاني:

ذهب الإمام أحمد في رواية[١]، وهو قول ابن حزم[٢]، إلى أنه لا يجوز بيع الدين ولو كان على من هو عليه، وحكي هذا القول عن ابن عباس، وابن مسعود، وابن شبرمة[٣].

وقد ذكرنا أدلة هذه المسألة في موضعين من هذه الموسوعة، الأولى في عقد البيع في المجلد الثالث، والموضع الثاني: في عقد السلم، فأغنى عن إعادتها هنا، والحمد لله.



---

(١) الانصاف (٥/ ١١١).

(٢) المحلى (مسألة: ١٤٩٢).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ١٥١)، الاستذكار (٢٠/ ١٢).



الفصل الثاني
انتهاء الحوالة بتملك المحال عليه دين الحوالة

[م-١١٤٩] تنتهي الحوالة بتمليك المحال عليه دين الحوالة، سواء كان ملك المحال عليه اختياريًا كما في الإسقاط، والهبة، والصدقة؛ لأن الحق هنا للمحال، وقد أسقطه باختياره فسقط.

أو كان تملك المحال عليه لدين الحوالة إجباريًا، كما في الإرث، فلو ورث المحال عليه مال الحوالة من المحيل انتهت الحوالة.

قال الكاساني في بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة: «ومنها: أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله.

ومنها: أن يتصدق به عليه، ويقبله؛ لأن الهبة والصدقة في معنى الإبراء.

ومنها: أن يموت المحال، فيرثه المحال عليه.

ومنها: أن يبرئه من المال»[1].



(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٩).



الفصل الثالث
انتهاء الحوالة بالإقالة

[م-١١٥٠] اختلف العلماء في انتهاء عقد الحوالة بالإقالة على قولين.

القول الأول:

إذا اتفق المحال والمحيل على إنهاء الحوالة بالإقالة صح ذلك، وهذا مذهب الحنفية، وبه قال من الشافعية البلقيني والخوارزمي[(١)].

وأما المحال عليه فإنه لا اعتبار لقبوله أو رفضه إذا تراضى المحال والمحيل؛ لأن الحق لهما فيها دونه.

قال ابن نجيم: «والمحيل والمحتال يملكان النقض: أي نقض الحوالة»[(٢)].

وقال علي حيدر: «تنفسخ الحوالة بفسخ المحيل، والمحال له، وإقالتهما إياها، ويعود الدين إلى المحيل»[(٣)].

قال السيوطي: «باب الإقالة، تجوز في... الحوالة فيما صححه البلقيني تبعًا للخوارزمي»[(٤)].

---

(١) البحر الرائق (٦/ ٢٧٢)، المبسوط (٢٠/ ٤٧)، بدائع الصنائع (٦/ ١٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٥٦)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠)، فتاوى الرملي (٢/ ١٩٣)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٢٧).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٧٢).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٤٢).

(٤) الأشباه والنظائر (ص٤٥٦).

❑ وجه القول بدخول الإقالة عقد الحوالة:

علل الكساني من الحنفية دخول الإقالة عقد الحوالة؛ لأن العقد فيه معنى معاوضة المال بالمال، فكانت محتملة للفسخ.

وعلل بعض الشافعية بأن الراجح في توصيف الإقالة بأنها من قبيل البيع، والبيع تدخله الإقالة، فكذلك الحوالة.

وأجيب عن هذا:

قال ابن حجر الهيتمي: «التحقيق كما في الروضة، أنه لا يطلق القول فيها بأنها بيع، ولا بأنها استيفاء؛ لأن بعض فروعها يقتضي الأول، وبعضها يقتضي الثاني، لكن فروع الأول أكثر، فمن ثم اشتهر أنها بيع، لا استيفاء، ونظير ذلك الخلاف في الإبراء، هل هو إسقاط، أو تمليك. وفي الرجعة، هل هي ابتداء نكاح، أو استدامته. وفي النذر، هل يسلك به مسلك واجب الشرع، أو جائزه»[1].

القول الثاني:

لا تنتهي الحوالة بالإقالة، ولا تنفسخ بها، وهو المعتمد في مذهب الشافعية[2].

❑ وجه هذا القول:

أن الإقالة لا تدخل الحوالة بناء على أنها استيفاء، وليست بيعًا.

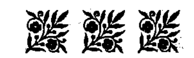
---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ٦٧).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ١٩٦)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٢)، أسنى المطالب (٢/ ٢٣٠)، فتاوى الرملي (٢/ ١٩٣).

❑ الراجح:

أرى أن عقد الحوالة تدخله الإقالة سواء رجحنا في توصيف العقد بأنه بيع، أو رجحنا بأنه استيفاء، أو قلنا: إنه عقد إرفاق منفرد بنفسه؛ لأن عقد الحوالة عقد لازم، ينعقد باتفاق الطرفين، وينحل باتفاقهما، ،الله أعلم.





الفصل الرابع
انتهاء الحوالة بالموت

المبحث الأول
انتهاء الحوالة بموت المحيل

[م-١١٥١] اختلف الفقهاء في أثر موت المحيل على عقد الحوالة على قولين:

القول الأول:

يرى الحنفية أن الحوالة قسمان: مطلقة ومقيدة.

فالحوالة المطلقة، هي التي لم تقيد بدين على المحال عليه، بأن قال: أحلتك بدينك الذي لك عليَّ على هذا الرجل، ولم يقل: على أن يؤديها من المال الذي لي عليه، فلو كان عنده وديعة، أو دين، كان للمحيل أن يطالبه بالحوالة؛ لأنه لا تعلق للمحال بذلك الدين، أو العين؛ لوقوع الحوالة مطلقة، فإذا مات المحيل قبل أن يستوفي الحوالة، فإن هذه الحوالة المطلقة لا تنفسخ بموت المحيل؛ لأن حق المحال في الحوالة المطلقة لم يتعلق بالدين الذي على المحال عليه، وإنما تعلق بذمة المحال عليه، فلا يعود إلى المحيل.

وأما في الحوالة المقيدة فتنفسخ بموت المحيل؛ لأن المال الذي قيدت به الحوالة قد استحق قبل أن يستوفي المحال، فأصبح من جملة تركة المحيل المتوفى، فصار مملوكًا للورثة، وبالتالي يعود المحال بدينه على تركة المحيل مشاركًا سائر غرمائه الدائنين[١].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٠٠)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١/ ٢٩٣)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٨).

القول الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء وزفر من الحنفية إلى أن الحوالة إذا تمت بشروطها فقد برئ المحيل، فلا تنفسخ بموت المحيل، ولا رجوع عن الحوالة، ويكون المحال أولى من غرماء المحيل، وليس لسائر غرماء المحيل أن يشاركوه بالدين[١].

❑ وجه القول بأنها لا تبطل الحوالة بالموت:

الوجه الأول:

سبق أن ذكرت في مبحث سابق أن الجمهور يرون أن مقتضى عقد الحوالة يعني براءة المحيل من دين المحال، وبراءة المحال عليه من دين المحيل، وإذا كان ذلك كذلك فالموت لا يوجب فسخ العقود اللازمة التي تمت في حال الحياة قياسًا على البيع، كما لا يبطل عقد البيع بموت البائع، فكذلك لا تبطل الحوالة بموت المحيل.

الوجه الثاني:

استدل زفر بالقياس على تعلق حق المرتهن بالمرهون بعد وفاة الراهن، فكما أن المرتهن يصير أحق من سائر الغرماء، فكذلك المحال.

❑ الراجح:

ما ذهب إليه الجمهور، وهو أن الموت لا ينهي الحوالة؛ لأن الحق قد انتقل إلى ذمة المحال عليه، والله أعلم.

---

(١) المدونة (٥/ ٢٨٩)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٣١)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٦)، المغني لابن قدامة (٤/ ٣٣٦).

المبحث الثاني
انتهاء الحوالة بموت المحال عليه

[م-١١٥٢] ذهب عامة العلماء إلى أن الحوالة لا تنتهي بموت المحال عليه، واستثنى الحنفية: ما إذا مات المحال عليه مفلسًا، ولم يترك كفيلًا، فإن الحوالة تنتهي ويرجع المحال على المحيل.

واستثنى المالكية ما إذا كان المحال عليه مفلسًا وقت الحوالة، وكان المحيل يعلم بإفلاسه، وكتم ذلك عن المحال(١).

جاء في كشاف القناع: «ويبرأ المحيل بمجرد الحوالة قبل الأداء... فلا رجوع له على المحيل لو مات المحال عليه، أو أفلس، أو جحد»(٢).

❑ وجه القول بأن الحوالة لا تنتهي بموت المحال عليه:

أن من لزمه الحق في ذمته فموته لا يوجب فسخ العقد الذي ثبت الحق لأجله، كالمشتري بثمن مؤجل إذا مات لم يوجب موته فسخ الشراء.

❊ ❊ ❊

(١) عمدة القارئ (١٢/ ١٠٩)، الجوهرة النيرة (١/ ٣١٧)، البحر الرائق (٦/ ٢٧٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٥)، التمهيد لابن عبد البر (١٨/ ٢٩١)، المنتقى للباجي (٥/ ٦٧، ٨٠)، الشرح الكبير (٣/ ٣٢٦)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٠١)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٦)، مختصر المزني (ص١٠٧)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٢).

(٢) كشاف القناع (٣/ ٣٨٦).



المبحث الثالث
انتهاء الحوالة بموت المحال

[م-١١٥٣] لا تنتهي الحوالة بموت المحال، وإنما يقوم وارثه مقامه في مطالبة المحال عليه بالدين الذي لمورثهم، ويستثنى من ذلك ما لو كان الوارث الوحيد للمحال هو المحال عليه، فهنا تنتهي الحوالة.

قال علي حيدر: «إذا توفي المحال له، وكان المحال عليه وارثه فقط، فلا يبقى حكم للحوالة، ولا يطالب المحال عليه بشيء من طرف أحد، ويصير المحال عليه بريئًا من الدين؛ لأنه لم يبق من يطالب المحال عليه بالمحال به، وطلب الإنسان نفسه لا معنى له... وعلى هذا التقدير... حينما يكون للمحال وارث غير المحال عليه، يكون المحال عليه بريئًا من الدين بمقدار حصته الإرثية، ويطالب بحصص الورثة الباقية... مثلًا لو كان ورثة المحال له ابنه (المحال عليه)، وولدًا آخر. يبرأ المحال عليه من نصف المحال به، ويجب على المحال عليه أن يعطي النصف الثاني إلى الوارث الثاني، وهو أخوه الآخر»[1].



(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٥٦).



الفصل الخامس
انتهاء الحوالة بالتوى

التوى: الهلاك، وذهاب مال لا يرجى، من توى المال يتوى توى.

واصطلاحًا: عرفه الحنفية: بالعجز عن الوصول إلى المال، والمقصود به في الحوالة: عجز المحال عن الوصول إلى حقه من المحال عليه، وذلك بجحود المحال عليه ولا بينة، أو موته مفلسًا ولم يترك كفيلًا. وزاد صاحبا أبي حنيفة: أن يحكم القاضي بإفلاس المحال عليه في حياته؛ لأنه بالحكم بالإفلاس صار المحال عاجزًا عن أخذ حقه، مقطوعًا عن ملازمته.

والذي حمل الحنفية على هذا التفسير أن الدين لا يتصور هلاكه حقيقة؛ لأنه حق يتعلق بالذمة، فإذا أفلس المدين فقد بقيت ذمته صالحة لالتزام الحقوق، فقد يعود إليه اليسار مرة أخرى، لهذا اشترطوا أن يموت مفلسًا حتى يتحقق التوى، وهو هلاك المال.

وألحقوا به إذا جحد، وحلف، ولم يكن بينة فقد صار المال تاويًا حكمًا[1].

هذه المسألة سبق أن بحثتها في أحكام الحوالة مفرقة على مسألتين: انتهاء الحوالة بالفلس، وانتهاء الحوالة بالجحود.

وأشير إلى الأقوال فيها في مبحث انتهاء الحوالة، وأحيل على الأدلة على البحث السابق.

---

(١) انظر تبيين الحقائق (٤/ ١٧٢، ١٧٣)، المبسوط (٣٠/ ١٤٨).

فقيل: تنتهي الحوالة بالتوى، ويرجع المحال على المحيل، وهذا مذهب الحنفية.

وقيل: لا تنتهي الحوالة بالتوى، فلا رجوع للمحال على المحيل، لبراءة المحيل من الدين بالحوالة براءة مؤبدة، وهذا مذهب الشافعية، والمالكية، والحنابلة.

واستثنوا في ذلك حالتين:

الحالة الأولى:

استثنى المالكية ما إذا كان المحال عليه مفلسًا وقت الحوالة، وعلم المحيل، وكتم ذلك عن المحال؛ لأن المحيل يكون قد غره بذلك.

الحال الثانية:

استثنى الحنابلة، واختاره ابن رشد من المالكية، وابن سريج من الشافعية: فيما إذا اشترط المحال عليه الرجوع على المحيل في حالة التوى، فإن له شرطه.

وقد ذكرنا العزو إلى كتب المذاهب وأدلتها في مبحث أحكام الحوالة، فانظره مشكورًا، فقد أغنى ذكره هناك عن إعادته هنا.

الفصل السادس
انتهاء الحوالة بفوات المحال به أو عليه

إذا أحال المشتري البائع بثمن مبيع، أو أحال البائع رجلًا يأخذ الثمن من المشتري، ثم استحقت السلعة، بطل البيع، ولا يستحق البائع الثمن سواء كان محالًا بالثمن، أو كان محيلًا على الثمن؛ لفوات المحال به في الأولى، وفوات المحال عليه في الثانية.

والسؤال: هل تنتهي الحوالة بفوات المحال به أو عليه؟

فيه تفصيل:

[م-١١٥٤] إن كان ثمن السلعة المستحقة محالًا به بطلت الحوالة قولًا واحدًا؛ لأن من شرط صحة الحوالة كون المحيل مدينًا للمحال[١]، وفي استحقاق السلعة تبين أن المشتري ليس مدينًا.

قال ابن نجيم: «إذا أحال رجلًا وليس للمحتال دين على المحيل، فهذه وكالة، وليست حوالة»[٢].

وقال الدسوقي في حاشيته: «وكذا يشترط ثبوت دين للمحال على المحيل»[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٢)، الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٥)، البحر الرائق (٦/ ٢٦٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٤٢٥)، منح الجليل (٦/ ١٨٠)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٥)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٣)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٢)، المغني (٤/ ٣٣٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٨٥).

(٢) البحر الرائق (٦/ ٢٦٩).

(٣) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥).

وجاء في البيان للعمراني: «قال أبو العباس: إذا كان لرجل عند رجل ألف، فقال من له الدين لرجل لا شيء عليه له: أحلتك على فلان بألف، فهذا توكيل منه بالقبض، وليس بحوالة؛ لأن الحوالة إنما تكون لمن له حق، ولا حق للمحتال عليه هاهنا، فثبت أن ذلك توكيل»(١).

وقال ابن قدامة: «وإن أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة؛ بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها؛ لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله، ولا حق هاهنا ينتقل ويتحول، وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة؛ لاشتراكهما في المعنى؛ وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل»(٢).

[م-١١٥٥] وإن كان ثمن السلعة محالًا عليه، وليس محالًا به، كما لو أحال البائع رجلًا يأخذ الثمن من المشتري، فاختلف العلماء ببطلان الحوالة باستحقاق المبيع على قولين.

القول الأول:

تبطل الحوالة بفوات المال المحال عليه، وهو قول الحنفية في الحوالة المقيدة دون المطلقة، ومذهب الشافعية، والحنابلة، واختيار أشهب وابن المواز من المالكية، قال الدردير: وعليه الأكثر(٣).

---

(١) البيان للعمراني (٦/ ٢٩٤).

(٢) المغني (٤/ ٣٣٧).

(٣) الفتاوى الهندية (٣/ ٣٠٠)، المبسوط (٢٠/ ٨٧)، البحر الرائق (٦/ ٢٧٥)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٨، ٣٢٩)، مواهب الجليل (٥/ ٩٥، ٩٦)، منح الجليل (٦/ ١٩٥)، =

القول الثاني:

لا تنفسخ الحوالة، وهو اختيار ابن القاسم من المالكية[1].

وقد تكلمت على المسألة في مبحث سابق فأغنى ذلك عن إعادته هنا، وإنما اقتضى الكلام على انتهاء الحوالة التذكير بهذه الصورة لعلاقتها بالباب، والله أعلم.

وبهذا أكون قد فرغت من بحث الحوالة في المسائل المختارة، فلله الحمد من قبل ومن بعد.



= شرح الخرشي (٦/ ٢٠)، حاشية الجمل (٣/ ٣٧٥، ٣٧٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٤٠٢)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٣٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٦، ١٩٧)، نهاية المحتاج (٤/ ٤٢٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ٣٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٧).

(١) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٨، ٣٢٩)، مواهب الجليل (٥/ ٩٥، ٩٦)، منح الجليل (٦/ ١٩٥)، شرح الخرشي (٦/ ٢٠)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٠٢).



فهرس المحتويات



تم الطبع
بمطابع الخطيب _ القاهره
أحمد الخطيب و قمر ابراهيم
٠١٠٠٥٢٠٣٣٤٨ _ ٠١١٤٢٥٦٥٥٠٨